

アメリカにおける成年後見制度とその代替的システム(二)

小 林 秀 文

目 次

I はじめに

II 伝統的な後見制度とその問題点

一 伝統的な後見制度

二 問題点(以上第三〇卷第三号)

III 後見制度の改革

一 統一遺産管理法典における後見制度

二 ニューヨーク州における改革

三 改革の一般的傾向

四 残された課題(以上本号)

IV 代替的システム

- 一 代理受取人
- 二 共同名義
- 三 信託
- 四 統一財産管理信託法
- 五 持続的代理権
- 六 リヴィング・ウィル
- V アメリカ法の示唆するもの

III 後見制度の改革

一 統一遺産管理法典における後見制度

(1) 基本的なポリシー

一九六九年に公表された一種のモデル法である統一遺産管理法典（以下、UPCと略称する）¹³³は、その第五編に後見制度（未成年後見および持続的代理権を含む）に関する規定を置いており、この後見制度は、現在、一六州において一部修正のうえ採用されている。¹³⁴このUPCにおける後見制度は、それまでの各州における後見法を調査し、その

問題点を洗い出したうえで作られたものであり、従来の伝統的な後見制度とはポリシーの点においてもまたその内容の点においても大きく異なっており、「大部分の州における後見法が時代遅れなものの寄せ集めであるのに比べると、UPCの第五編は新鮮な春の息吹を感じさせる」と言われた程、当時としては画期的なものであった。¹³⁶

まず、ポリシーの点について見ると、UPCは、その後見制度を構想するにあたって、つぎのような基本的ポリシーを採用した。すなわち、①不適切あるいは不必要な後見を極力回避し、②本人の活動に対する公的介入を最小限度に留め、③本人の自己決定権を可能な限り尊重するとともに、④本人の自助 (self-reliance) ・自立 (self-independence) を促し、⑤本人にもたらされる不名誉な烙印による影響をできるだけ減らし、⑥財産管理をより柔軟で効果的なものとし、⑦後見にかかわる費用を可能な限り低減すること。

つぎに、右の基本的なポリシーがUPCにおいて実際にどのような形で実現されているかを予め要約・列記しておくならば、つぎの通りである。まず、UPCは、身上監護と財産管理とは後見人の役割もまたそれに要求される知識・技能も異なることから、身上監護後見と財産管理後見とを手続的にも実体的にも別個な制度として分離した。¹³⁷これによって本人は、例えば、その財産がわずかで財産管理後見に値しない場合（換言すれば、財産管理後見に要する費用がその財産を上回ることが予想される場合）には身上監護後見のみを、また、事実上、家族の者が本人のために適切かつ十分な世話や介護を行っており、当面、身上監護のための後見人を任命する必要がある場合には財産管理後見のみを、それぞれ利用することが可能となり、不必要な後見が回避されるとともに、公的介入がその限度に留められることになり、また費用の節減もたらされることになった。さらに、全面的後見の場合には身上監護の責任を負わされることを嫌って後見人になろうとしなかった財産管理の専門家（多くの場合、弁護士や法人）が後見人の職務を引き受けやすくなり、その結果、専門家によるより効果的な財産管理が可能となった。そして、このように身上監

護後見と財産管理後見とを分離することから生ずる弊害を補正するため、後に見るように、それぞれの後見人の職務の範囲を他方の後見の方向へ一部拡張する措置を採った。第二に、UPCは、本人の能力に応じて後見を必要な範囲に限定する限定的後見制度を導入した。そして、この制度の導入により、公的介入は本人の必要とする範囲に留められることになり、またその反面において、本人が自己決定権を行使し得る領域が確保されるとともに、本人の自助・自立が促されることになった。さらに、これにより不必要な後見が回避されることから、費用の節減もたらされることになった。第三に、不名誉な烙印によってもたらされる影響を多少なりとも緩和するため、UPCは、身上監護後見においては、後に見るように、その無能力の定義において無能力者という烙印からもたらされる好ましくないイメージを希薄化するという方法を探り、また財産管理後見の場合には、無能力の宣告を伴わないものとした。第四に、より柔軟で効果的な財産の管理・運用を図るため、財産管理のための後見人に信託における受託者 (trustee) としての地位を与えた。また、手続面においては、不適切あるいは不必要な後見を回避するため、適正手続の要請に従って手続要件を厳格化し (すなわち、対審構造を強化し)、さらに、裁判所に後見に関するより正確で豊富な情報を得させるため、裁判所任命による医師の制度と訪問調査員 (visitor) の制度とを導入した。

以下、伝統的な後見制度との対比において必要な範囲で、身上監護後見と財産管理後見につきより具体的にその内容を見ることにする。

(2) 遺言もしくはその他の書面による身上監護後見

UPCは、身上監護後見につき、通常の、裁判所任命による後見人の制度のほか、未婚の無能力者の親または既婚の無能力者の配偶者によって作成された、遺言もしくはその他の書面による後見人任命の制度を置いている。¹³⁹ すなわ

ち、無能力者の親または配偶者は、その遺言もしくはそれらの者によって署名されかつ二人以上の証人により認証された書面によって、身上監護のための後見人を指定することができる、とされている。⁽⁴⁰⁾ この後見は、親による指定後見の場合には、両親とも死亡するか一方の親しか生存しておらずその者が無能力の宣告を受けた後、また配偶者による指定後見の場合には、配偶者が死亡した後、⁽⁴¹⁾ 指定後見人が裁判所に就任の登録をすることによって開始する。但し、指定後見人は、登録に先立って七日以上前に、本人および本人の世話をしている者もしくは本人の最近親の成人の親族に対して、後見人に就任する意思および本人には裁判所に異議 (objection) を提出することによって後見を終了させることができる権利がある旨を述べた書面による通知を与えなければならぬ、とされている。⁽⁴²⁾

この指定後見制度は、裁判所の関与を伴わず、一方的になされるものであるため、不適切あるいは不必要な後見の危険や本人の意思に反する後見の危険を内在させている。そこで、UPCは、これらの危険を回避するため、つぎのような二つのセーフガードを設けている。まず、異議申立 (challenge) に基づき、本人の状態が後述の身上監護後見における無能力の基準を満たしていない、と裁判所が判断した場合には、後見は無効とされる。⁽⁴³⁾ 第二に、本人は、裁判所に書面による異議を提出することによって、⁽⁴⁴⁾ 何時でも後見を終了させることができる。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾ 後者の場合には、後見を阻止された指定後見人が、それでもなお後見人になろうとする場合には、つぎに述べる裁判所任命による後見人の制度によることになる。⁽⁴⁷⁾

(3) 裁判所による身上監護後見

(i) 手続 後見に対する申立は、本人の福祉に利害関係を有する者ならば誰でもできるだけでなく、本人自身もなし得る、とされている。⁽⁴⁸⁾

つぎに、審理に関する通知は、その期日の少なくとも一四日前までに¹⁴⁹、①本人および配偶者、配偶者がいない場合には成人の子供、成人の子供がいなかった場合には親、②配偶者、成人の子供および親がいなかった場合には、最近親の親族の少なくとも一人、③本人の後見人の職にあるかあるいは本人の世話および監護をしている者、および④裁判所によって指定されたその他の者に対してなされなければならない¹⁵⁰。また、通知の送達をより確実にするため、①に列挙された者に対する通知は、必ず交付送達 (personal service) の方法によらなければならない、とされている¹⁵¹。さらに、一定の場合に本人による通知の放棄を認めている伝統的な後見制度とは異なり、UPCは、本人による通知の放棄は一切認められない、としている¹⁵²。

審理においては、まず、本人に訴訟代理人がいなかった場合には、裁判所は、本人のために訴訟代理人を任命しなければならない、とされている¹⁵³。つぎに、本人は、審理に出席し、証拠を提出し、証人に対して反対尋問をする権利が保障されている¹⁵⁴。また、本人のプライバシーを保護するため、本人またはその訴訟代理人から要求があった場合には、審理を非公開のものとすることができ、とされている¹⁵⁵。さらに、より多くの者を審理に参加させるため、誰でも審理に参加する許可を裁判所に対して求めることができる、とされている¹⁵⁷。

さらに以上に加えて、UPCは、それまでの伝統的な後見制度にはなかった制度をその手続に導入した。すなわち、本人は、裁判所によって任命された医師（あるいは、それに準ずる資格を有する者）による診察を受けなければならない、とされている¹⁵⁸。また、裁判所は、審理にあたって必ず、当該訴訟手続に利害関係をもたない訪問調査員（法律学、看護学あるいはソーシャル・ワークの教育を受けた者で、裁判所によって任命された裁判所の職員、その被用者あるいはその他の者¹⁵⁹）を任命しなければならず、任命された訪問調査員は、本人、申立人（あるいは、その者に申立をさせたとと思われる者）および後

見人候補者と面接し、さらに本人が現在住んでいる場所および後見人任命後、本人が住むことを予定されている場所（例えば、養護ホーム）を調査し、その結果を裁判所に対して書面で報告しなければならない、とされている。¹⁶⁰

右のUPCの手続は、それまでの伝統的な後見制度におけるそれと比べて、一般に手続要件が厳格化されているだけでなく、本人のために弁護士強制主義を採用し、また裁判所任命による医師および訪問調査員の制度を導入した点に顕著な特徴がある。そして、UPCは、これらの制度を採用しないし導入した理由をつぎのように述べている。すなわち、身上監護後見が居所選択の自由や医療行為を受けあるいは拒絶する自由といったような個人の基本的な自由を侵害する可能性が高いことから見て、その後見人の任命は明白に必要な場合に限定されるべきであり、そうするためには、裁判所は、申立人やその訴訟代理人によって提出されるものとは別の、本人に関する情報にアクセスする必要がある、またこれらの制度は、親族等による後見制度の濫用の危険を減らすのにも役立つ、と。¹⁶¹

(ii) 後見人任命の基準 後見人が任命されるためには、まず、本人の状態がつぎのような無能力の基準を満たすものでなければならない。すなわち、「無能力者とは、精神病、精神遅滞、身体疾患、身体障害、麻薬の常用、慢性アルコール中毒、もしくは（未成年を除く）その他の原因により、理性的な決定 (responsible decision) をなしあるいは伝達するのに必要かつ十分な理解力もしくは能力を欠く程の障害を負っている者をいう」¹⁶²。通常、UPCアプローチと呼ばれるこの無能力の基準は、伝統的な後見制度における因果関係アプローチのパターンを基本的には踏襲したものであるが、なおつぎの三点にその特徴がある。まず、原因事由に関し、前述のように身体障害を無能力の原因事由として挙げることにについては従来から批判があったのであるが、それにもかかわらずこの基準は、「身体障害および身体疾患」を原因事由に加えている。¹⁶³ これは、一つには、もちろんUPCの起草者が身体障害者等にも場合によっては後見人を任命する必要があると考えたからであるが、もう一つには、これらの精神能力とは関係のない事由を原

因事由中に加えることによって、無能力者という言葉から連想される好ましくないイメージを多少なりとも和げようとしたもの、と思われる。¹⁶⁴さらに、この基準は原因事由中に「その他の原因」を加えており、これによって裁判所は、精神病といったような無能力の特定の原因を必ずしも具体的に認定する必要がなくなった、と言われている。¹⁶⁵第三に、結果事由に関して、伝統的な後見制度における、身上に関する事柄を処理できないといったばく然とした事由に代え、理解力ないし伝達能力の欠如を問題にしており、これは、本人の認識能力ないし伝達能力というより客観的で観察可能な側面に焦点を合わせようとした試み、と見ることができる。¹⁶⁶

つぎに、後見人が任命されるためには、右の無能力の基準が満たされたうえ、さらにその任命が本人の継続的な世話および監護のために必要もしくは望ましいものでなければならぬ、とされている。¹⁶⁷このように、UPCにおいては、後見人任命の基準は二重に設定されており、これによって、不必要ないし不適切な後見人の任命を極力避けようとしている点が注目される。

(iii) 限定的後見 裁判所は、後見人の任命にあたり本人の自立・自助を最大限に促進するよう努めなければならない、従って後見人の権限は、本人の能力の限界あるいはその置かれた状況に応じて必要とされる範囲に限定されなければならない、とされており、¹⁶⁸このポリシーに従って、限定的後見制度が導入された。すなわち、裁判所は、自らの判断により、あるいは申立人、本人もしくはその他利害関係人の申立により、適切な場合には、後見人の権限を制限することによって限定的後見を設定することができる、とされている。¹⁶⁹従って、例えば、本人の抱える問題が医療上の判断をできないことにあるならば、後見人の権限は、医療行為に関する事柄に制限されることになる。¹⁷⁰また、その後本人の能力ないし状況に変化が生じた場合には、一旦課された制限は、同一の手続きに従って除去されあるいは変更され得る。そして、このようにして課された後見人の権限に対する制限は、必ず後見証明書に記載されなければならない

い、とされている。⁽¹⁷¹⁾

(iv) 後見人の選任 後見人には、裁判所が適性を欠くと判断した者を除いて、誰でもなることができるが、⁽¹⁷²⁾ 後見人候補者が複数いる場合、裁判所にその選任にあたっての指針を与えるため、つぎのような優先順位に関する規定が置かれている。すなわち、①本人によって、持続的代理権において最も新しく指名された者、②本人の配偶者および配偶者の遺言もしくはその他の書面により指名された者、③本人の成人の子供、④本人の親および親の遺言もしくはその他の書面により指名された者、⑤申立前六ヶ月以上にわたって本人と同居していた親族、⑥本人の世話をしているか世話に要する費用を支払っている者によって指名された者。⁽¹⁷⁴⁾

右の規定中、第二順位以下の者に関する規定が裁量的なものとされているのに対して、①の第一順位に該当する者がいる場合には、裁判所は適性を有する限りその者を後見人に任命しなければならない、とされており、その意味で第一順位のみが半ば強制的なものとされており、ここにも本人の意向をできるだけ尊重しようとするUPCの態度をうかがうことができる。また、当初、この規定中には、「適切な施設 (suitable institution)」が含まれていたのであるが、その後、身上監護はもっぱら身体にかかわるものであり、後見人として施設は適さない、との理由から、この文言は削除され、後見人は個人に限られることになった。⁽¹⁷⁵⁾

(v) 後見人の権限および義務 限定的後見の場合を除き、一般に後見人は被後見人の世話、保護および監督に対する責任を負い、その具体的な権限および義務は未成年者の後見人のそれと同一である、とされている。⁽¹⁷⁶⁾ そして、ここで注目されるのは、この後見人の権限および義務が、必ずしも純粹に身上監護にかかわる事柄に限定されているわけではなく、財産管理的側面にも一部拡張されている点である。すなわち、まず、後見人は、①被後見人の身の回り品 (personal effects) を相当な注意を払って管理し、その他の財産が保護を必要とする場合には財産管理後見のための

手続を開始しなければならず、¹⁷⁷ ②被後見人の金銭をその扶養や世話等に関する当面の必要を満たすために用いなければならず、¹⁷⁸ ③被後見人の余分の金銭をその将来の必要を満たすため保存し、また財産管理のための後見人が任命された場合には、そのようにして保存された金銭をその後見人に、少なくとも年四回、支払わなければならず、¹⁷⁹ ④被後見人の状態とともに、後見人の占有もしくは管理下にある財産の状態を裁判所に対して報告しなければならない。¹⁸⁰ また、後見人は、⑥制定法上の給付金制度、保険制度、遺贈、信託、財産管理後見およびその他私的な契約に基づき被後見人の扶養のために支払われるべき金銭、および第五一一〇一条に従って支払われあるいは引渡される被後見人の金銭もしくは財産を受取ることができ、¹⁸² ⑦財産管理のための後見人が任命されていない場合には、被後見人に対して扶養義務を負う者もしくはその福祉のために支払義務を負う者の履行を強制するため、訴訟手続を開始しあるいはその他適切な措置を採ることができ、¹⁸³ ⑧被後見人のために自ら費した衣、食、住の費用を、裁判所もしくは財産管理のための後見人の承認を得て、償還請求することができる。¹⁸⁴ 以上の規定は、前述したように、財産管理のための後見人が不必要な場合に、身上監護のための後見人のみを任命し、その結果生ずるであろう不都合を回避することを目指したものであり、また財産管理のための後見人が任命されている場合にも、身上監護のための後見人にある程度の財政的裏付けを与えることによって、その職務の迅速かつ円滑な遂行を確保しようとしたものである、と思われる。

(vi) 解任および能力回復訴訟 後見人の解任手続および能力回復訴訟手続の要件は、伝統的な後見制度におけるそれよりも若干緩和されており、それだけ被後見人の側にとって利用しやすいものとなっている。すなわち、解任手続および能力回復訴訟手続の申立は、被後見人のみならず、被後見人の福祉に利害関係を有する者ならば誰でもできるとされており、しかもこれらの申立は、必ずしも手続要件に従った正式なものである必要はなく、形式を問わずどのような形のものでよいとされている。また、これらの請求の裁判所への伝達を故意に妨げた者は、裁判所侮辱罪に

問われ得る、とされている。¹⁸⁵ 但し、解任手続の申立は何時でもすることができ、能力回復訴訟手続については、裁判所は、無能力の宣告にあたり、その裁量により、六ヶ月を超えない範囲で、能力回復訴訟の申立をできない期間を定めることができる、とされている。¹⁸⁶ 何故このような期間が設けられたのかについての理由は、UPCのコメントからは明らかではないが、無能力の宣告直後に、十分な根拠もなく後見を終了させようとする被後見人の側の不真面目な（あるいは、軽率な）行為をこれによって防止しようとしたのではないかと推測される。¹⁸⁷

(4) 財産管理後見

UPCは、財産管理後見のための手続を保護手続 (protective proceedings) と呼び、これにより、財産管理のための後見人が任命され、あるいは後見人の任命を伴わない保護措置 (protective arrangement) ないし個別的措置 (single transaction) のための保護命令が発せられることになる。

(i) 手続 この場合の手続も、濫用を防止しまた不必要・不適切な後見を回避するため、かなり厳格化されており、その要件は、身上監護におけるそれと基本的に同様なものとなっている。まず、保護手続に対する申立は、本人はもとより、本人の財産もしくは福祉に利害関係を有する者ないし財産管理がなされなければ不利な影響を受けるであろう者ならば、誰でもできる、とされている。¹⁸⁸

つぎに、申立に基づいてなされる審理に関する通知は、失踪等により本人に対する交付送達が不可能な場合には広告送達の方法によるとされている点を除いて、身上監護における規定が準用されている。¹⁸⁹ 従って、通知の方法、その相手方の範囲、本人による通知の放棄が一切認められないとされている点、等において身上監護の場合と原則として同一である。

また、審理に関しても、医師および訪問調査員の任命が、身上監護の場合には強制的なものとされているのに対して、この場合には裁量的なものとされている点と、この場合における医師は本人が患者であるかまたは収容されている施設に属していない者が望ましいとされている点とを除いて、身上監護の場合と同様に、弁護士強制主義が採用され、本人には、審理に出席し、反対尋問を行い、審理を非公開のものとする権利が保障されており、さらに誰でも審理に参加する許可を裁判所に対して求めることができる、とされている。¹⁹⁰

(ii) 後見人の任命およびその他の保護命令の基準 後見人が任命されあるいはその他の保護命令が発せられるためには、①本人が、精神病、精神遅滞、身体疾患、身体障害、麻薬の常用、慢性アルコール中毒、拘禁、抑留もしくは失踪により、財産および事業を効果的に管理・運用することができず、かつ②適切な財産管理がなされなければ浪費されもしくは消失するであろう財産を本人が有するか、あるいは本人および本人に対して扶養請求権をもつ者の、扶養、世話および福祉のために必要な財産を確保するために、保護手続が必要ないし望ましい、という基準が満たされなければならない。¹⁹¹

ところで、右の基準に関する規定においては、身上監護におけると同じ意味での無能力 (incapacity) を示唆する用語ないし表現は慎重に避けられており、¹⁹² 右の基準が満たされても、それは後見人の任命およびその他の保護命令の根拠を構成するにすぎず、それによって本人の法律行為をする能力 (capacity) が影響を受けることはない。¹⁹³ 従って、本人は、後見人が任命されあるいはその他の保護命令が発せられても契約その他の法律行為をなすことができ、それが有効であるか否かは、理解力 (understanding) その他の基準に基づいて、各法律行為ごとに決定されることになる。そして、このような処理は、無能力の宣告ないし後見人の任命と本人のなした法律行為の効力との関係についてのコモン・ロー上の支配的ルールとはば一致するものとなっている。¹⁹⁴ このように、UPCが財産管理後見を無能力の

宣告を伴わないものとしたのは、一つには、この場合、被保護者 (protected person)¹⁹⁶ と呼ばれる被後見人の中に精神能力に問題のない者が含まれているからであるが、もう一つには、本人の自立・自助を促すとともに、無能力の宣告によって本人にもたらされる不名誉な烙印という好ましくない影響を極力避けようとしたからではないか、¹⁹⁷ と思われる。

(iii) 裁判所の権限 審理において右の基準が満たされたと判断された場合、裁判所には遺言をなす権限を除いて、本人が財産を管理することができたならば、その財産および事業に対して行使し得たであろうすべての権限が与えられ、これらの権限は、裁判所によって直接的に、あるいは後見人を通して間接的に、行使されることになる。¹⁹⁸ 但し、①本人が指名権者である権利取得指名権 (power of appointment) を行使しあるいは放棄する場合、②利益を放棄しあるいは拒絶する場合、③被保護者の財産の一年あたりの所得の二〇パーセントを超える贈与をする場合、および④保険証券や年金保険証券における受取人を変更する場合には、通知に基づく審理の後、そうすることが被保護者の「最善の利益」となり、かつそうすることに對して被保護者が同意できないかあるいは同意した、と認められる場合にのみ、以上の権限を行使できる、とされている。¹⁹⁹

(iv) 後見人の選任 裁判所は、個人だけでなく法人も後見人に任命することができる、とされており、²⁰⁰ 財産管理後見が身上監護後見から分離されたことと相俟って、實際上、銀行、信託会社、ロー・ファーム等の財産管理に精通した法人や組織を後見人として広く活用する途が開かれている。

後見人候補者が複数いる場合につき、身上監護の場合と同様に、この場合にも優先順位に関する規定が置かれており、その順位は、上位の者から、①本人のために他の裁判管轄区域において任命された財産管理のための後見人ないしそれと同種の職にある者、②理解力ある選択 (intelligent choice) をなすに十分な精神能力をもった本人によっ

て指名された者、③本人の配偶者、④本人の成人の子供、⑤本人の親もしくは死亡した親の遺言によって指名された者、⑥申立前、本人と六ヶ月以上にわたって同居していた親族、⑦本人の世話をしているかもしくは給付金(benefit)を支払っている者によって指名された者、とされている。²⁰²そして、ここでも、本人によって指名された者が上位にランクされている点が注目される。²⁰³なお、この場合には身上監護の場合よりも裁判所に大幅な裁量権が与えられており、裁判所は、本人の「最善の利益」となると判断した場合には、この優先順位を無視して、上位の者がいても下位の者を、あるいはこのリストに載っていない者を、後見人に任命できる、とされている。²⁰³

(v) 受託者としての後見人 従来の伝統的な後見制度においては、後見人は、売買、投資その他の一定の重要な財産行為をするにあたって、その都度裁判所の承認を得なければならない、とされていた。その結果、財産の管理・運用の遅れと費用の増大とがもたらされ、これが伝統的な後見制度の一つの問題点とされていた。²⁰⁴この問題を解決するため、UPCは、後見人に信託における受託者としての地位を与えた。すなわち、受託者としての後見人は、被保護者の財産に対してコモン・ロー上の権原(legal title)を取得し、²⁰⁵これによって構成される信託財産を、原則として裁判所の承認を得ることなくして、自らの判断に基づき効果的に管理・運用することができるようになった。²⁰⁶また、これとの関連で、受益者である被保護者の生活を保護するため、浪費者信託(spendthrift trust)と同様の考えに基づき、²⁰⁷一方において、被保護者の受益権は譲渡できないものとされ、他方において、第五―四二七条に規定された手続に基づいて権利主張者(claimant)のために発せられる裁判所命令による場合を除いて、後見人に移転された財産および被保護者の受益権に対しては強制執行することができない、とされている。²⁰⁸

(vi) 後見人の権限および義務 一般に、後見人は、各採用州における信託法が受託者に与えているすべての権限を与えられ、²⁰⁹また受託者(fiduciary)として行為し、受託者に適用される慎重人準則(prudent man rule)によって

要求される注意義務を遵守する義務を負う、とされている。²¹⁰そして、この一般原則の下で、後見人は、つぎのような具体的義務を負い、また権限を与えられている。

まず、義務に関して、後見人は、就任後九〇日以内に財産目録を作成して裁判所に提出し、さらに、その写しを、被保護者に与え（但し、そうすることが可能でありかつ被保護者が理解するに十分な能力を有する場合に限る）、また身上監護のための後見人もしくは被保護者と同居している親にも与えなければならない。²¹¹

第二に、後見人は、財産の管理・運用に関する記録を保存し、利害関係人の要求に基づきそれを開示しなければならない。²¹²

第三に、後見人は、信託の運用に関する会計報告を、裁判所に対して、少なくとも年一回しなければならず、辞任もしくは解任の時およびその他裁判所が命ずる時にもしなければならぬ。また、後見人は、後見の終了に際しても、同様の会計報告を裁判所または被保護者であった者もしくはその承継人に対してしなければならぬ。²¹³なお、以上が強制的なものであるのに対して、後見人は、自ら、後見の中間段階もしくは最終段階で、その時点までの会計の承認を求める申立をすることができ、この申立があった場合には、通知に基づく正式な審理によって、会計に関する後見人の責任が裁判されることになる。²¹⁴

第四に、後見人は、裁判所が要求する場合には、信託義務の誠実な履行を担保する保証証書を提出し、また保証人 (surety) を立てなければならない。²¹⁵

つぎに、後見人の権限は、財産の管理・運用に関するそれと被保護者およびその被扶養者のための支出に関するそれとに大別される。まず、財産の管理・運用に関して、後見人には、裁判所の承認を得ることなく、売買、賃貸借、金銭消費貸借、保険、雇用その他の契約の締結、事業の経営あるいはそれへの参加、会社の組織変更や清算に対する

同意、債務や税金の支払い、訴訟行為、境界線の確定、建物の建築、修繕および取り壊し、等々の法律行為から事実行為に至る、およそ財産の管理・運用に必要と思われるほとんどの行為をする権限があたえられている。²¹⁶

つぎに、後見人には、裁判所の承認を得ることなくして、被保護者の財産から、被保護者およびその被扶養者（被扶養権者だけでなく、自活することができないため扶養を必要とする被保護者の世帯構成員を含む²¹⁷）の扶養、教育、世話およびその他の利益のために支出する権限が与えられており、²¹⁸この点で、その権限は、身上監護的領域へ一歩踏み込んだものとなっている。²²⁰そして、この支出権限を行使するにあたって、後見人は、つぎの二つの原則に従わなければならない、とされている。²²¹まず、後見人は、親もしくは身上監護のための後見人によってなされる、被保護者の扶養、教育その他の利益の適切な水準に関する勧告を考慮しなければならない。²²²第二に、後見人は、支出をなすにあたって、①財産の規模、②予想される後見の継続期間、③将来、後見が終了する可能性、④被保護者および被扶養者の通常の生活水準、および⑤被扶養者の扶養のために利用できる他の財源を考慮しなければならない。なお、右の支出目的を満たしたうえで被保護者の財産に余裕がある場合には、後見人は、裁判所の承認を得ることなくして、被保護者がなしたであろうと思われる、慈善その他の目的のための贈与を、その財産から得られる一年あたりの所得の二〇パーセントを超えない範囲でなすことができる、とされている（後見人がこの二〇パーセントを超える贈与をしようとする場合には、前述したように、正式の審理の後、裁判所の承認を得なければならない²²³）。

最後に、被保護者が遺言、信託その他の計画的遺産処分（estate planning）をしていた場合には、後見人は、その権限を行使するにあたって、これらを考慮に入れることを要求されている（このため、後見人には被保護者の遺言を調べる権限が与えられている²²⁴）。この規定は、これらの受益者の利益をできるだけ損なわないよう、後見人が投資、支出等の権限を行使するにあたって全財産のうちどの財産から用いられるべきかについての一般的なガイドラインを

示したものであり、UPCの新機軸の一つと言ってもよいものである。しかし、この規定は、あまりにも一般的であり、実際にどのような場合にどの財産から用いられるべきであるかについて、具体的に述べていないため、解釈の余地を大きく残すものとなっている。⁽²²⁵⁾

(vi) 限定的後見 身上監護の場合と同様に、この場合にも、裁判所は、被保護者の自立・自助を最大限に促進するため、その能力および状況に応じて後見を必要な範囲に限定しなければならない、とされている。⁽²²⁶⁾そして、このポリシーを実現するため、裁判所は、後見人の任命時もしくはその後、その権限を制限することができ、またいつでもその制限を除去しあるいは変更することができる、とされている。⁽²²⁷⁾なお、この場合の制限の仕方には、後見人の権限自体を制限するという方法と被保護者の全財産のうち一定の財産の権限のみを後見人に与えるという方法との二種類があり、いずれの場合にもその制限は後見証明書に記載されなければならない。⁽²²⁸⁾

(vii) 保護措置および個別的措置 前述した後見人の任命およびその他の保護命令のための基準は満たされているが、本人の能力およびその状況から見て後見人を任命する必要がない場合、裁判所は、後見人を任命せずに、保護措置なしの個別的措置を採ることができる、とされている。⁽²²⁹⁾従って、これらの措置は、きわめて限定的になされるものであり、限定的後見の特殊な形態と見ることができる。⁽²³⁰⁾これら二つの措置のうち保護措置は、被保護者の身体の保護や介護・世話のために採られるものであり、その具体例としては、年金契約や終身養護契約 (contract for life care) の締結、信託の設定、売買、賃貸借、等々が挙げられている。このように保護措置が主に身上監護にかかわるものであるのに対して、個別的措置は、財産管理に関するものであり、被保護者の財産や事業に関してなされる契約、信託その他の取引を許可し、命じあるいは追認するという形でなされるものである。なお、裁判所は、これらの措置を遂行するにあたって、特別後見人を任命することができる、とされている。

二 ニューヨーク州における改革

(1) 経緯

一九九三年四月一日、ニューヨーク州は、その精神衛生法 (New York Mental Hygiene Law) の第七七編および第七八編から成る後見法を廃止するとともに、新たに第八一編を制定し、その後見制度の抜本的な改革を行った。この新たに制定された第八一編の後見法は、AP通信社の報道を直接的な契機として始まった、一部の州における今回の一連の後見制度改革の特徴をよく示すものであるが、その内容に立ち入る前に、どのような経緯でこれが制定されるに至ったかを一瞥しておくことにする。

当初、ニューヨーク州においては、後見に関する法は、右の第七八編のみであった。この後見法は、身上監護および財産管理（あるいは、場合によりその一方のみ）を目的とするものであり、伝統的な後見制度の一典型例を示すものであった。従って、それは、前に指摘した伝統的な後見制度のもつ様々な問題点を抱えており、なかでもとりわけ問題視されたのは、それが後見人任命の前提として無能力宣告を要求しており、その結果、被後見人の市民的権利が剥奪され、また被後見人に無能力者という不名誉な烙印が押される、という点であった。²³¹そこで、ニューヨーク州は、一九七二年に、その無能力状態が無能力の宣告の基準を満たす程ではないが、それでもなお後見人による財産管理の必要性がある者をも含めて保護するため、後見人任命の基準を緩めるとともに、後見人の任命にあたって無能力の宣告を要しない（従って、後見人の任命だけでは被後見人の市民的権利が剥奪されることはなく、また不名誉な烙印という問題もある程度は回避される）、とする財産管理後見を目的とする第七七編を新たに制定した。²³²この結果、ニューヨーク州には、第七八編の後見法と第七七編の後見法とから成る二元的な後見制度が出現することになり、裁判所は、

時として、無能力の宣告を伴う過度に制約的で問題の多い第七八編の後見法を用いるか、それとも無能力の宣告は伴わないが、財産管理後見のみを目的とする、その意味で不十分な第七七編の後見法を用いるか、という二者択一の選択を迫られることになった。⁽²³³⁾しかし、その後、この状況は、一部の裁判所が第七七編の後見法を身上監護後見のためにも用い始める、という意外な方向に展開することになった。⁽²³⁴⁾そして、これら一部の裁判所が身上監護後見のためにも第七七編の後見法を用いるようになったのは、基本的には、これらの裁判所が無能力の宣告を伴う第七八編の後見法を用いることができるだけ避けようとしたからであるが、⁽²³⁵⁾その背景にはつぎのような事情があった。すなわち、一九七四年に第七八編が一部改正され、裁判所は第七八編の後見人を任命する前に、第七七編の後見人によって本人がよりよく保護され得るか否かを検討しなければならない、とする趣旨の規定が追加されたため、⁽²³⁶⁾可能な限り第七七編の後見法を用いることが裁判所に要請されるようになり、さらに、同年、第七七編も一部改正され、その後見人の権限および義務の範囲に関する規定中に、身上監護後見を示唆するような「身体的健康 (personal well-being)」という文言が追加されたため、⁽²³⁷⁾これら一部の裁判所は、これを手懸りとして、第七七編の後見人に身上監護に関する権限を与えまた義務を負わせることができたからである。しかし、当然のことながら、他の裁判所は、第七七編を身上監護後見のために用いることはできない、とする立場を採った。⁽²³⁸⁾これらの裁判所には、第七七編の目的から言っても、またその後見人任命の基準が身上に関する事柄についての本人の能力を全く問題にしていない点から見ても、⁽²³⁹⁾さらにはその後見人の権限が第七八編の財産管理のための後見人のそれと同一であるとされていることから、第七七編を身上監護後見のために用いることは明らかに行過ぎである、と思われたからである。かくして、下級審レビューでは、第七七編の身上監護後見への適用の可否をめぐる二つの立場が対立することになったのであるが、この状態に最終的に終止符を打ったのは、*In re Grinker* (Rose) ケースにおけるニューヨーク州最高裁判所の判決であった。⁽²⁴⁰⁾この

判決において、ニューヨーク州最高裁判所は、第七七編の「後見人の権限の範囲は被後見人の財産のみに限定される」²⁴¹と述べ、第七七編を身上監護後見のために用いることができない、とする立場を明確に打ち出した。しかし、この判決の結果、裁判所間の対立は解消されたものの、問題は振出に戻ることになり、第七八編の後見法と第七七編の後見法とのギャップが再び顕在化することになった。このような事情の下で、包括的な後見法によってこのギャップを埋め、あわせてそれまでに指摘されてきた後見法の抱える様々な問題点を解消するため制定されたのが第八一編である。つぎに、旧法（第七七編および第七八編）と対比しつつ、第八一編の後見法の主要な内容を見ることにする。

(2) 目的

第八一編は、その冒頭の規定²⁴²において、後見法に対する立法部の見解（あるいは、態度）と第八一編の後見法の目的について明確に述べている。その内容を要約すれば、つぎの通りである。すなわち、

後見に対する本人の必要（needs）は、それぞれが個人として異なるように、多様でありまた複雑でもある。この点で、旧法は、いずれもこれらの必要を満たすのに必要な柔軟性に欠けるものであった。また、何らかの形の身上監護や財産管理を要する者の中には、これら旧法のドラスティックな救済を必要としない者もいる。そこで、立法部は、本人の必要を満たすと同時に、できるだけその自立と自己決定を可能にする「最も制限の少ない介入方法（the least restrictive form of intervention）」を本人が利用できるようにすることが望ましい、と考える。従って、本法の目的は、本人のそれぞれの必要に応じてその身上監護もしくは財産管理の必要を満たすと同時に、本人の意向を考慮に入れ、さらに本人に、自立・自己決定、およびその生活に影響を及ぼすあらゆる決定に参加する機会を、最大限に与えるような後見制度を確立することにある。

(3) 申立

申立書に記載されるべき実質的な内容として、第七八編は、本人の無能力を示す事実を要求しているにすぎなかった。²⁴³これに対して、第七七編は、はるかに具体的かつ詳細な内容が申立書において述べられることを要求していた。²⁴⁴第八一編は、本人および本人を取り巻く状況について申立書からより多くの情報を得るため、基本的には後者の立場を踏襲し、それをより徹底化している。すなわち、第八一編においては、本人、本人と同居している者、推定相続人および申立人の氏名・住所・電話番号のほか、①本人の日常生活における活動能力とその能力の限界についての理解力を中心とする、本人の「機能的レベル」(functional level)²⁴⁵についての記述、②本人がその能力の限界の故に不利益を被る可能性が高いことを示す事実、③申立人が求める後見人の具体的な権限、およびそれと本人の「機能的レベル」や本人の必要との関係、④必要とされる後見の期間、⑤本人の財産のおおよその評価額および本人が公的援助の対象者であるか否か、⑥本人の債権および債務の額と種類、⑦後見人候補者の氏名・住所・電話番号、その者と本人との関係およびその者が後見人として適切である理由、等が申立書に記載されなければならない、とされている。²⁴⁶

(4) 通知

前に述べたように、通知は、本人およびその訴訟代理人にとってきわめて重要である。しかし、第七七編および第七八編においては、通知の方法および内容に関する規定は一切置かれておらず、従ってそれは民事訴訟法によることになり、その結果、通知の方法は申立書の送達もしくは理由開示命令 (order to show cause) の送達という方法に

よることができる⁽²⁴⁷⁾とされ、またそれらには審理の期日と場所を記載することが要求されているにすぎなかった。これに対して、第八一編の通知の要件は、はるかに詳細かつ厳格なものとなっている。

まず、通知は、大きな活字を用いて平易な言葉で（もしそうすることが必要な場合には、英語以外の言語で）書かれなければならない⁽²⁴⁸⁾、またその内容には、①審理の期日と場所、②審理における本人の権利についての明瞭で読みやすい記述、③（後述する）裁判所鑑定人（court evaluator）の氏名・住所・電話番号、④もし本人に訴訟代理人がいる場合には、その氏名・住所・電話番号、⑤もし申立が認められたならば、後見人がもつであろう権限のリスト、が含まれなければならない⁽²⁴⁹⁾。さらに、通知には、本人に審理の意味を十分に理解させるため、審理の性質やその結果の重大性、審理における本人の権利、等について分りやすく述べた、一二ポイント以上のボード体の活字を用いてダブル・スペースで打たれた説明文（legend）⁽²⁵⁰⁾が加えられなければならない、とされている。

つぎに、第八一編においては右の通知が送達されるべき者の範囲も、第七七編および第七八編⁽²⁵⁰⁾に比べてはるかに拡大されている。第八一編においては⁽²⁵¹⁾、まず、通知は、申立書の写しとともに、審理期日の一四日以上前までに、本人に対して交付送達の方法で送達されなければならない。また、通知および申立書の写しは、同じく審理期日の一四日以上前までに、本人の配偶者、親、成人の子供、成人の兄弟姉妹および本人と同居している者に対して、交付送達もしくは郵便送達の方法で送達されなければならない。そして、これらの者に送達できない場合には、本人と最も近い血縁関係にある一人以上三人以内の親族に送達されなければならない。さらに、以上の者のほか、通知は、①本人の代理人、リビング・ウィルにおいて指名された者、あるいはヘルス・ケアのための代理人等の、本人によって任命された者、②本人と個人的な関係をもっているか、本人を定期的に訪問しているかもしくは本人と定期的に連絡をとり合っている個人または団体、③本人の訴訟代理人、④裁判所鑑定人、⑤本人が公的援助を受けている場合には、社

会福祉局、⑥本人が病院その他の施設に入っている場合には、その病院もしくは施設の責任者および精神衛生法務局 (mental hygiene legal service)、および⑦その他裁判所鑑定人の勧告に基づき裁判所が指名した者、にも送達されなければならない。

(5) 審理における本人の権利

まず、第八一編においては、本人が審理に出席し、証拠を提出し、さらに相手方証人を反対尋問する権利が保障されている。本人の審理に出席する権利について、第七八編は何らの規定も置いておらず、第七七編は、本人が審理に出席する権利を認めてはいたものの、身体的その他の理由により本人が審理に出席できない場合には、本人の出席なくして審理を行うことができる、とされていた。²⁵²これに対して、第八一編は、裁判所に本人を実見させることによって、その能力について裁判所自身に具体的な印象を得させるため、本人が身体的理由から裁判所に来ることができない場合には、審理は、本人が住んでいる場所で行わなければならない、としている。²⁵³但し、本人が州内にいない場合、もしくは本人が全く審理に参加できないか参加しても全く意味がない場合には、本人の参加なくして審理を行うことができるが、その場合には、後見人を任命する裁判所命令に、その根拠となった事実が述べられなければならない、とされている。²⁵⁴

また、第八一編においては、本人の訴訟代理人に対する権利も保障されている。第七七編および第七八編においては、裁判所は本人のために訴訟のための後見人を任命することができる、とされていたが、その役割は、裁判所のために調査することと本人のために訴訟活動を行うことを兼ねるものであった。第八一編は、これら別種の二つの役割を分離し、一方を裁判所鑑定人に、他方を訴訟代理人に割り当てている。²⁵⁵そして、裁判所は、本人に自ら選任した

訴訟代理人がいる場合を除いて、①本人が訴訟代理人を要求する場合、②本人が申立に対して争うことを望む場合、③本人が現在住んでいる場所から養護ホームその他の施設に移ることを申立が求めており、それに対して本人が同意しない場合、④申立が重大な医療上の処置の必要性を主張しており、本人がそれに対して、同意しない場合、⑤申立が一時的後見を求めている場合、⑥裁判所鑑定人の役割と訴訟代理人の必要性とが対立する可能性がある、と裁判所が判断した場合、および⑦その他、訴訟代理人の任命が問題の解決にとって有用である、と裁判所が判断した場合には、必ず訴訟代理人を任命しなければならない、とされている。²⁵⁶ また、本人が訴訟代理人の任命を拒否した場合であっても、裁判所は、本人が訴訟代理人の任命に關し合理的な決定をなし得ないと判断した場合には、訴訟代理人を任命することができ、とされている。²⁵⁷ なお、訴訟代理人の報酬は、本人に支払い能力がない場合を除いて、本人の負担とされる。²⁵⁸

(6) 裁判所鑑定人

第八一編は、新たに裁判所鑑定人の制度を創設した。これは、UPCにおける訪問調査員の制度にほぼ相当するものであり、その目的は、これによって本人の「機能的レベル」を評価し、また本人のために「最も制限の少ない介入方法」を探ることにある。²⁵⁹ そして、この裁判所鑑定人の任命手続とその義務および権限は、つぎの通りである。

まず、裁判所は、通知を送達する時点で、原則として必ず裁判所鑑定人を任命しなければならない、とされている。²⁶⁰ そして、裁判所鑑定人は、弁護士、医師、心理学者、会計士、ソーシャル・ワーカー、看護人(nurse)等の、身上監護や財産管理についての知識を有する者の中から、裁判所によって選任されることになる。²⁶¹ また、本人が病院その他の施設に入っている場合には、精神衛生法務局が裁判所鑑定人に任命される。

つぎに、第八一編は、裁判所鑑定人の義務についてきわめて詳細かつ具体的に述べた規定をおいている。それによると、裁判所鑑定人は、①本人に会い、その意見を聞きまた専門的助言を与え、②本人が理解できるような仕方では、当該訴訟手続の性質とそれによってもたらされる結果、後見人の一般的な義務と権限、「利用できる手段 (available resources)」²⁶²、および本人の有する権利、について本人に説明し、③本人が訴訟代理人の任命を望んでいるか否かを確認し、また訴訟代理人が任命されるべきか否かを判断し、④申立人と面接し、⑤本人の、申立てられている無能力の分野における専門的知識を有する専門家と協議し、あるいはその意見を聞き、⑥裁判所が適当と判断した場合には、中立的な医療専門家を雇い、そして、⑦すべての訴訟手続および会議に出席する義務を負う、とされている。²⁶³ さらに、以上のほか、裁判所鑑定人は、本人の状態を調査し、それに基づいて書面による報告と勧告とを裁判所に提出しなければならぬ、とされている。²⁶⁴ そして、その報告と勧告には、本人の状態についての裁判所鑑定人の個人的意見とともに、つぎのような情報が入っていないければならぬ、とされている。すなわち、①後見人候補者の任命およびそれに与えられることが求められている権限に、本人が同意しているか否か、②訴訟代理人が任命されることを本人が望んでいるか否か、あるいは訴訟代理人を任命することが適切であるか否か、③本人が審理のために裁判所に来ることができるか否か、④裁判所に来られない場合、本人は審理に参加することが全くできないか否か、⑤裁判所に来られない場合、本人の審理への参加が意味あるものとなるか否か、⑥後見人を任命しなくても身上監護もしくは財産管理を行えるだけの十分で確実な「利用できる手段」がほかにあるか否か、⑦日常生活における活動に関する本人の「機能的レヴェル」がどの程度のものであり、また身体的および精神的無能力の予後および回復可能性はどの程度のものであるか、⑧日常生活における活動を行えないことから生ずる結果についての本人の理解力はどの程度のものであるか、⑨本人の財源の大よその評価額とその種類、⑩日常生活における活動に関する本人の意向、⑪本人が代理人等の

一定の者を任命していたか否か、⑫この場合の、「最も制限の少ない介入方法」とはどのようなものであるか、⑬本人に経済的に依存している者のためにどのような援助が必要か、⑭後見人候補者の選択が適切であるか否か、また後見人候補者は、本人を保護するためにこれまでにどのような措置を採り、あるいは今後採るつもりか、⑮家族の間、利害関係人の間、もしくは家族と利害関係人との間に、どのような利害の対立の可能性があるか、⑯規定により通知を送達される者のほかに、通知および審理に参加する機会を与えられるべき者がいるか。

そして、裁判所鑑定人には、右の調査をするにあたって、裁判所の許可を得て、本人の医療上、心理学上および精神医学上の記録を調べる権限が与えられており、また審理の係属中、本人の財産が浪費されあるいは不正に使用される危険がある場合には、必要な措置を講ずる権限を与えられている。²⁶⁵ なお、裁判所鑑定人の報酬は、申立が認められた場合には、本人の負担とされ、それが否認された場合には申立人もしくは本人、あるいはその両者の負担とされる。²⁶⁶

(7) 後見人任命の基準

旧法の基準（第七八編においては無能力宣告の基準、第七七編においては後見人任命の基準²⁶⁷）は、いずれも因果関係アプローチを採り、精神病等の一定の医療診断上のカテゴリーに主として依拠していた。これに対して、第八一編の基準は、本人が日常生活を送るうえでどこにどのような具体的な障害があり、また具体的にどのような必要性があるかを、種々の角度から総合的に判断する、通常、機能的アプローチ（functional approach）と呼ばれる方法を採用している。そして、第八一編は、本人が後見人に任命されるためには、(i)身上監護もしくは財産管理あるいはその両者のため、本人のために後見人を任命する必要がある、かつ(ii)本人が後見人の任命に同意するかあるいは(iii)本人の状

態が無能力の基準を満たすものでなければならぬ、としている。

(i) 必要性 まず、裁判所は、後見人を任命する前提として、衣、食、住、ヘルス・ケア等の本人の身上に関する必要を満たし、また（あるいは）本人の財産管理に対する必要を満たすため、後見人を任命する必要があるか否かを判断しなければならない。そして、この判断を行うにあたって、裁判所は、裁判所鑑定人によって裁判所に提出される報告を考慮し、また後見人を任命しなくても本人の身上監護もしくは財産管理を行えるだけの十分で確実な「利用できる手段」²⁶⁸がほかにあるか否かも考慮にいれなければならない。²⁶⁹

(ii) 本人の同意 必要性の要件が満たされかつ本人が後見人の任命に同意する場合、後見人は任命されることになる。²⁷⁰これは、本人が、その精神能力には問題がないが、何らかの身体的障害を抱えている場合（身体的無能力）を想定したものであり、本人が同意しないかあるいは本人に同意能力がない場合には、つぎの無能力の基準が満たされなければならない。²⁷¹

(iii) 無能力の基準 無能力であるか否かは、身上に関する事柄もしくは財産管理あるいはその両者を本人が行うことができず、かつそのことからどのような結果が生ずるかを本人が十分に理解できないことにより、本人が不利益を被る可能性が高いか否かによって決定される。そして、この決定を行うにあたって裁判所は、主に、本人の「機能的レヴェル」と「機能的限界（functional limitations）」²⁷²に考慮を払わなければならない。具体的には、本人の、①日常生活における活動の処理能力、②そのような処理能力がないことから生ずる結果についての理解力、③日常生活における活動に対する意向、④財産的問題とそれに対する処理能力の種類および範囲・程度、⑤身上監護および財産管理のために必要とされる措置の範囲・程度、⑥身体疾患、精神的障害、アルコール依存もしくは薬物依存とその予後、⑦受けている薬物治療とその影響、等について評価しなければならない、とされている。²⁷³なお、この無能力の証明に

あたっては、その証明責任は申立人の負担とされ、またその証明の基準は明白かつ確信を抱くに足る証明とされている。²⁷⁴

(8) 限定的後見

(i) 保護措置および個別的措置 右の後見人任命の基準が満たされたとしても、必ずしも常に後見人が任命されるとは限らない。「最も制限の少ない介入方法」という目的を達成するため、²⁷⁵ 裁判所は、種々の代替的手段を考慮して、後見人の任命という長期にわたる措置を本人が必要としないと判断した場合には、後見人を任命せず、保護措置ないし個別的措置を採ることができる、とされている。²⁷⁶ これは、前述したUPCにおける同名の措置を借用したものであり、²⁷⁷ その内容は、UPCのそれとほとんど同じである。

(ii) 限定的後見 後見人が任命される場合であっても、それが「最も制限の少ない介入方法」となるように、裁判所は、本人のために「利用できる手段」を考慮に入れ、審理を通して明らかになった本人の「機能的レベル」と「機能的限界」に合わせて、後見人の権限を一定の範囲に限定しなければならない、とされている。²⁷⁸ そして、このようにして限定された後見人の権限の範囲は、後見人と交渉をもつ者の参照に供するため、後見人の任命を命ずる裁判所命令に必ず記載されなければならない、とされている。²⁷⁹

(9) 後見人の任命

第八一編においては、後見人の任命に際して、本人の意向が最も優先して考慮されることになっている。第七七編および第七八編においても、本人が後見人を指名することは認められていたが、裁判所にはその任命につき裁量権が

与えられており、「最善の利益」の観点から被指名者が必ずしも後見人に任命されるとは限らなかった。⁽²⁸⁰⁾これに対して、第八一編においては、本人が申立書において後見人を指名した場合、あるいは当該訴訟手続中に、正式に作成され、認証された (acknowledged) 書面によって本人が後見人を指名した場合には、裁判所は、被指名者が不適任であるかもしくは本人がその者の任命をもちや望んでいないのでない限り、その者を後見人に任命しなければならない、とされている。⁽²⁸¹⁾また、以上の、書面による本人の指名がない場合であっても、裁判所は、本人が審理において口頭であるいはその行為により後見人を指名した場合には、原則としてその被指名者を後見人に任命しなければならない。⁽²⁸²⁾

本人による後見人の指名がない場合、裁判所は、一八歳以上の者、後見人としての職務を行うために設立された非営利法人、同様の目的のために授權された社会福祉局の職員および公的機関、地域後見人プログラム (community guardian program) あるいは営利法人 (但し、身上監護のための後見人にはなれない) を後見人に任命することができる。⁽²⁸³⁾そして、これらの者を任命するにあたって、裁判所は、①持続的代理権等により、本人によって事前に任命されていた者、②本人と後見人候補者との社会的関係および本人と本人の福祉に関係している他の者との社会的関係③当該訴訟手続の時に本人に与えられている世話および介護サービス、④後見人が行使することになるであろう権限、⑤後見人候補者の知識・経験、⑥用いることのできる財源の種類、⑦本人に特有な事情、⑧後見人候補者と本人との利害の対立、等の要素を勘案しなければならない、とされている。⁽²⁸⁴⁾また、本人の債権者およびヘルス・ケアや介護サービスの提供者 (親族を除く) も後見人となり得るが、これらの者の任命は最後の手段であり、他に後見人となる者が見つかからない場合に限られる、とされている。⁽²⁸⁵⁾後者の、ヘルス・ケアや介護サービスの提供者は、しばしばその属する組織の財政的および政治的観点から決定を行うことがあり、本人の「最善の利益」のみを考える立場にはいない、と考えられるからである。⁽²⁸⁶⁾なお、精神衛生法務局は、後見人にはなれない、とされている。⁽²⁸⁷⁾

(10) 後見人の権限および義務

(i) 権限 既に述べたように、後見人の権限は原則として被後見人が必要とする範囲に限定されるのであるが、第八一編は、後見人がその職務を行うにあたって必要となると思われる一般的な（あるいは、潜在的な）権限につき、その主要なものを例示的に例挙している。⁽²⁸⁸⁾そして、そのうえで、被後見人の財産の譲渡、被後見人の受ける医療行為、および被後見人の住む場所、の三点について詳細な規定を置いている。

まず、後見人もしくは申立人が被後見人の財産を譲渡しようとする場合、裁判所に対して一定の要件を満たした申立をしなければならず、⁽²⁸⁹⁾この申立がなされた場合、一定の者に対して通知が送達されることになる。⁽²⁹⁰⁾そして、この譲渡の申立を承認するか否かを決定するにあたって、裁判所は、①被後見人が申立てられた譲渡をなし得るだけの十分な能力をもっているか否か、もしも持っているならば、被後見人がその譲渡に同意しているか否か、②被後見人が比較的短期間のうちに能力を回復し、自ら譲渡を行い得る可能性が高いか否か、③その譲渡後の被後見人の残余財産で、被後見人およびその被扶養者の必要が満たされ得るか否か、④その譲渡の受贈者ないし受益者が被後見人の財産から利益を受けることを当然に期待し得る者（the natural object of the bounty）であるか否か、またその譲渡が被後見人の遺言または被後見人がこれまでになした贈与のパターンと一致するか否か、⑤その譲渡が、本人およびその被扶養者にかかなりの利益をもたらす、財産、贈与（物）、所得、ないし税金の節減を、生み出すものであるか否か、等を考慮しなければならない。⁽²⁹¹⁾そして、以上の要素を考慮したうえで、裁判所がその譲渡を許可するためには、代行決定の法理（substituted judgement doctrine）に従い、また本人の意思をできるだけ尊重するため、⁽²⁹²⁾①被後見人がその譲渡をなすのに必要な精神能力を欠いており、また相当な期間内に能力を回復する可能性も少ないこと、あるいは、

被後見人がそのような能力を有する場合、その譲渡に同意していること、②能力ある通常人が被後見人の立場に立ったならば、その譲渡を行ったであろうこと、③被後見人が、以前、能力を有していた時、その譲渡と矛盾する意思を表明していなかったこと、あるいは申立の時点でそのような意思が変わっていたであろうこと、以上が明白かつ確信を抱くに足る証拠によって証明されなければならない、とされている。²⁹³

つぎに、被後見人が受ける医療行為に関しても、被後見人の意向をできるだけ尊重するため、後見人が遵守すべき一定の指針が設けられている。すなわち、後見人には、被後見人が一般的に承認された医療行為を受けることに同意しあるいはそれを拒絶する権限が与えられているのであるが、後見人は、そのような決定を行うにあたって、まず、被後見人の宗教や道徳的信条を含む、被後見人の意向に従わなければならない。そして、被後見人の意向を知り得ない場合には、被後見人の尊厳や独自性、その生命の維持可能性、その健康もしくは機能の維持、改善および回復、その苦痛の緩和、医療行為によってもたらされる副作用、より侵襲的でない代替的治療方法、およびその他、通常人が被後見人の立場に立ったならば考慮してほしいと思うであろう事柄や価値を考慮して、被後見人の「最善の利益」となるようにその決定を行わなければならない。²⁹⁴

また、後見人は、被後見人が住む場所を選択するにあたって、家族、友人および当該地域のソーシャル・サービスの利用可能性、世話、快適さおよび維持・管理、リハビリテーション、被後見人と一緒に住む者の必要、等を考慮しなければならない。そして、被後見人を養護ホームないしそれと同種の施設に入れるには、原則として本人の同意が必要である、とされている。²⁹⁵ なお、後見人には、被後見人の精神衛生施設への任意の入院に対して同意する権限を与えられていない。²⁹⁶

(ii) 義務 後見人は、一般的に、被後見人のために行為するにあたって、最高度の注意 (the utmost care and

delligence)を払うことを要求されており、また被後見人の「機能的レヴェル」、その「機能的限界」についての理解力およびその意向を考慮したうえで、被後見人に、自立と自己決定の機会を可能な限り与えなければならない、とされている。²⁹⁷そして、具体的な義務として、後見人は、まず、被後見人を年四回以上訪問しなければならない、とされている。²⁹⁸さらに、後見人は、就任後九〇日以内に最初の報告書を、また毎年一回、年次報告書を、裁判所に対して提出しなければならない。これらのうち、最初の報告書には、後見人の管理下にある被後見人の財産についての目録が含まれていなければならない、また後見人がそれまでに採った措置や今後採ろうとする措置についてのプラン、等が記載されていなければならない。²⁹⁹また、年次報告書には、被後見人の身体的、精神のおよび社会的状態、被後見人がこれまでに受けあるいは現在受けているヘルス・ケア、会計報告、後見人のために行った活動の要約、等々についての情報が記載されていなければならない。³⁰⁰そして、これらの報告書は、その提出後、三〇日以内に審査官(examiner)によって審査されることになっている。³⁰¹また、これらの報告書が提出されなかったり、不完全な報告書が提出されたためその修正が求められたが、後見人がその要求に応じなかった場合には、裁判所は、後見人の報酬を否認し、あるいはその額を減額し、場合によっては解任することができる、とされている。³⁰²なお、この審査に要する費用は、被後見人の財産が五〇〇〇〇ドルを超える場合には被後見人の負担とされ、それ以下の場合には県またはニューヨーク市の負担とされる。³⁰³

(11) 後見人任命の被後見人に及ぼす効果

第八一編は、後見人の権限が原則として一定の範囲内に限定されるということの意味を、被後見人が保有する権利という側面から再度確認している。すなわち、後見人が任命されても、被後見人は、後見人に与えられた権限および

権利を除いて、その他すべての権限および権利を保有する、とされている³⁰⁴。そして、被後見人は、これらの権限および権利の範囲内で、遺言、契約その他の法律行為をすることができ、後見人の任命は、被後見人がこれらの法律行為をする能力を欠くことの確定証拠 (conclusive evidence) とはされ得ない、とされている³⁰⁵。また、被後見人のすべての財産の権原は、後見人ではなく、被後見人のものとされている³⁰⁶。なお、無能力を理由に後見人が任命された場合、裁判所は、被後見人が後見人任命前になした、持続的代理権、ヘルス・ケアのための代理権、リヴィング・ウィル、契約もしくは譲渡 (conveyance, disposition) を、これらをなした時に被後見人が無能力であったと判断した場合³⁰⁷には、修正し、変更し、あるいは撤回する (revoke) ことができる、とされている。

(12) 後見人の権限の変更および能力回復訴訟

限定的後見においては、後見人任命後、被後見人の能力や状況に変化が生じた場合には、それに合わせて後見人の権限を縮小しあるいは拡張する必要がある。そこで、第八一編は、明白かつ確信を抱くに足る証拠によって、①後見人に与えられた権限の全部または一部を被後見人が行使し得るようになったこと、②後見人に与えられていない権限を被後見人が行使し得なくなったこと、③何らかの他の理由により、被後見人がもはや後見人が必要としなくなった³⁰⁸。場合もしくは被後見人の状況の変化により後見人の権限を変更する必要があること、以上のいずれかが証明された場合には、裁判所は、後見人を解任するかもしれない³⁰⁹。そして、これらの権限の変更および後見人の解任は、後見人、被後見人およびその他一定の者による申立³⁰⁹によって開始され、一定の者に対する通知³¹⁰に基づいて開かれる審理を通して行わなければならない。そして、その際、申立が被後見人の能力者としての地位の回復を求めるものであるかもしれない³¹⁰。一定の権限の回復を求めるものである場合 (後見人の解任もしくは

その権限の縮小を求める場合)には、その証明責任はそれに対して異議を述べる当事者の負担とされ、また申立が被後見人の権限をさらに一層制限することを求めるものである場合(後見人の権限の拡張を求める場合)には、証明責任はそれを求める当事者の負担とされる³¹⁾。

伝統的な後見制度においては、被後見人が実際に能力を回復しても、前述したように、証明責任が被後見人の負担とされているため、被後見人が能力回復訴訟に勝訴する見込みはきわめて少なかった。この点で、第八一編においては、この証明責任が転換され、それが能力の回復に対して異議を述べる当事者の負担とされ、さらにその証明の基準も明白かつ確信を抱くに足る証明とされていることから、被後見人が能力者たる地位を回復し得る可能性が格段に高まっている点が注目される。

(13) 教育プログラム

第八一編は、後見制度において公的職務を担当する、後見人、裁判所鑑定人および報告書の審査官を教育するための、教育プログラム制度を新たに創設した。これは、後見制度にかかわる問題がきわめて複雑であることから、これらの者にそれぞれの職務をより良く遂行させるためには、それぞれの職務に関連する問題を完全に理解させることが必要である、と考えられたからである³²⁾。そして、それぞれの教育プログラムの内容は、つぎの通りである。

まず、後見人は、①後見人の法的義務および責任、②被後見人の権利、③被後見人を援助するために利用することのできる手段、④医学用語についての指導、および⑤年次報告書の作成、を内容とする教育プログラムを受けなければならない³¹³⁾。つぎに、裁判所鑑定人は、①裁判所鑑定人の法的義務および責任、②被後見人の権利、③被後見人を援助するために利用できる手段、④医学用語についての指導、⑤社会保障給付金等の受給資格(entitlement)、および

⑥障害をもった高齢者が抱える精神的および社会的問題、を内容とする教育プログラムを受けなければならない。³¹⁴ 審査官は、審査官と後見人の法的義務および責任を内容とする教育プログラムを受けなければならない。³¹⁵ なお、裁判所は、それぞれの者の教育と経験とを考慮して、その裁量により、これらのプログラムの内容の一部ないし全部を免除し、あるいはそれに一定の内容を追加することができる、とされている。³¹⁶

三 改革の一般的傾向

(1) 改革の目的

今回、抜本的な改正を行った各州の後見法を一瞥した時、まず最初に注目されるのは、その焦点が、本人の保護という後見制度の目的よりもむしろ、後見人の任命によって被後見人にもたらされる不利益、というその結果へと移行している点である。従来の伝統的な後見制度においては、もっぱら本人の保護という点にのみ焦点が合わされ、後見人任命の結果、被後見人にどのような不利益がもたらされるか、という点はほとんど等閑視されており、また裁判所も、後見制度を用いるにあたって、きわめてパターンリスティックな態度を採ってきた。その結果、被後見人は、その自律（自己決定権）を奪われ、その自立を阻害され、その市民の権利や基本的権利を剥奪され、またしばしば必要な後見や不適切な後見にかけられることになった。そこで、各改正州における後見法は、この反省のうえにたち、その改正の目的を「最も制限の少ない介入方法」を採ることによって、可能な限り被後見人の自律を保障し、またその自立を促し、後見人の権限を被後見人の必要に合わせて制限することによって、できるだけ被後見人の権利や活動の自由を確保し、さらには不必要ないし不適切な後見を回避し、濫用を防止することに置いている。そして、改正州

のなかには、ニューヨーク州と同様に、このような改正の目的をあえて明文化しているところもある。例えば、ニューハンプシャー州の後見法は、その目的を、本人もしくは被後見人の「市民的自由や財産を守るための手続的および実体的保護措置 (procedural and substantive safeguards) を用意し」、また被後見人の「自立を最大限に促進し」、さらに被後見人を、その「機能的限界にに応じて必要とされる範囲に限り保護することにある、としている³¹⁷。また、フロリダ州の後見法は、その目的を、被後見人に「あらゆる決定に可能な限り参加させ」、また被後見人の必要を満たすとともに、その「法的能力にできるだけ介入しない形で援助する」制度を確立することにある、としている³¹⁸。さらに、オクラホマ州の後見法は、「無能力者もしくは一部無能力者の自立を最大限に促進し」、それらの者の「精神力および適応能力もしくはその他の状況から必要とされる範囲に限ってのみ」保護する制度を確立することをその目的として掲げ、またコロラド州の後見法も、それとほぼ同趣旨の規定を置いている³¹⁹。

右の目的を達成するため、各改正州は、その後見法のほとんどすべての側面にわたって改革を試みているのである³²¹が、なかでもとりわけ重要だと思われるのは、手続要件の厳格化、限定的後見の積極的な活用、機能的アプローチの採用および調査員制度の創設といった傾向である。

(2) 手続要件の厳格化

後見人任命の結果、被後見人の市民的権利や基本的権利が剥奪されることに鑑み、また他方において、不必要・不適切な後見を回避し、濫用を防止するため、各改正州の後見法は、一様に、適性手続の要請に従って、その手続過程のほとんどあらゆる側面にわたって、その要件を厳格化している。

- (i) 申立 伝統的な後見制度の場合とは異なり、今回の改正州の多くは、申立書に、訴訟当事者および関係者の氏

名・住所といった形式的な事項だけでなく、本人の能力や状況、後見が必要とされる理由およびその根拠となった事実、後見の種類・方法、等々といった、実質的な事項が具体的かつ詳細に記載されるべきことを要求している。例えば、フロリダ州の後見法は、申立書に、本人が無能力者であると申立人が考える理由、その根拠となった事実、そのような事実を実際に知っている者の氏名・住所、本人が行使できない権利³²²、本人の無能力の種類・性質、求められる後見の範囲、後見人候補者と本人との関係、当該後見人候補者が任命されるべき理由、後見人の管理下に置かれることになる財産の種類とその評価額、等々が具体的に記載されなければならない、としている。³²³ 同様に、ニューメキシコ州の後見法は、本人の無能力の種類・性質、本人の機能的限界、より制限の少ない代替的方法を見つけるために採られた措置、後見人候補者の適格性³²⁴（以上、身上監護後見の場合）、申立人の利害関係、後見人が必要とされる理由、財産管理ができないことを示す本人の最近の行動、より制限の少ない代替的方法見つけるために採られた措置、当該後見人候補者が任命されるべき理由³²⁵（以上、財産管理後見の場合）、等が具体的に記載されなければならない、としている。また、ミネソタ州の後見法においては、本人が申立人に対して請求明細書 (bill of particulars) を要求することができるとされており、それが要求された場合には、申立人は、その日より一〇日以内もしくは審理が開始される前までに、後見人の任命が必要であると申立人が考える理由およびその根拠となった事実（精神のおよび身体的状態、財産取引、後見の必要性を示す出来事、等）を具体的に述べた請求明細書を本人に引渡さなければならない、とされている。³²⁶

このように、多くの改正州が具体的かつ詳細に実質的な事項を申立書に記載すべきことを要求しているのには、つぎのようないくつかの理由がある。まず、第一に、これによって、不必要な後見や不適切な後見の申立が抑制されることになる（なお、この点に関連して注目されるのは、ペンシルバニア州の後見法であり、そこにおいては、申立書

に不備があるか、あるいは十分に事実が述べられていない場合には、裁判所は、この段階で、申立を却下することができる、とされている³²⁷。第二に、これによって、裁判所は、審理前に、当該訴訟手続に関する多くの具体的な情報を得ることができる。第三に、本人およびその訴訟代理人が、申立書から、どのような事実に基づいてどのような理由から訴が提起されているかを確定することができ、それに基づいて審理に対する十分な準備をすることができる³²⁸。

(ii) 通知 各改正州は、通知に関してもその要件の厳格化を図っている。まず、ほとんどの改正州が、より多くの関係者に訴訟手続に参加する機会を与えるため、通知が送達されるべき相手方の範囲を拡大している。第二に、通知が確実に送達されるよう、ほとんどの改正州が、通知は、申立書の写しとともに、本人およびその他一定の者（本人の訴訟代理人、一定の親族、等）³²⁹に対しては、交付送達されなければならない、としている。第三に、本人の能力に何らかの問題がある可能性を考慮して、各改正州は、通知が本人に理解しやすいものとなるよう試みている。例えば、ニューハンプシャー州の後見法では、通知は、目立つように濃い縁取りの囲の中で、一〇ポイント以上のボールド体の活字で書かれなければならない、とされており³³⁰、またニューメキシコ州の後見法も、通知が分かりやすい言葉で大きな活字で書かれることを要求している³³¹。さらに、フロリダ州の後見法は、通知を本人に読んで聞かせなければならない、としており³³²、またミネソタ州の後見法では、裁判所が訪問調査員を送達実施人（process server）に任命することができるとされており、その場合には、訪問調査員は、本人に通知を読んで聞かせたうえで、その内容を説明しなければならない、とされている³³³。最後に、そしてこれが最も重要な点なのであるが、多くの改正州は、本人にその訴訟手続の意味および本人に与えられている権利について十分に理解させるため、ニューヨーク州におけると同じように、通知には、訴訟手続の目的とそれによって本人にもたらされる法的結果、審理における本人の権利、等が述べられていなければならない、としている³³⁵。

(iii) 審理に出席する権利 本人の審理への出席は、本人自ら申立に反論し、また反対証拠を提出し、さらに相手方証人に対して反対尋問を行うことができる、という点で重要であるだけでなく、裁判官が審理において本人についての具体的な印象を得ることができる、という点でも重要である。これらの点に鑑み、すべての改正州が、本人の審理に出席する権利を認めている。さらに、いくつかの改正州は、ニューヨーク州と同様に、この権利を実効あらしめるため、一定の措置を講じている。³³⁶ 例えば、コネチカット州の後見法は、本人が身体的な理由から審理に出席できない場合には、本人が出席しやすい場所で審理を行わなければならない、それができない場合には、裁判官が審理前に本人に会いに行かなければならない、としている。³³⁷ また、ミシガン州の後見法においては、裁判所は、審理の場所を移動することを含めて、本人を審理に出席させるためのあらゆる実際的な措置を講じなければならない、とされており、³³⁸ ニューメキシコ州の後見法も、同趣旨の規定を置いている。³³⁹ その他の改正州は、一定の例外的な場合に、本人の出席なくして審理を行うことを認めているが、その場合に一定の条件を付けているところが多い。例えば、ミネソタ州の後見法は、本人が医療上の理由で審理に出席できない場合には、必ずそれについての医師の証明書が必要であるとし、そして従来この証明書が本人の無能力を証明する有力な証拠とされていたことを考慮して、それを本人の無能力の証拠とすることはできない、としている。³⁴⁰ また、オクラホマ州の後見法においては、本人の審理へ出席する権利は十分な理由 (good cause) が証明された場合にのみ放棄され得る、としたうえで、その場合裁判所は、本人が審理に出席できない理由および本人を審理に出席させるために考慮された代替的方法を訴訟記録 (record) に留めなければならない、とされている。³⁴¹ 以上のことから、総じて改正州は、本人の審理へ出席する権利を強化する傾向を示している、と見てよいであろう。

(iv) 訴訟代理人 本人の、訴訟代理人に対する権利も、すべての改正州で認められている。問題となるのは、本人

の訴訟代理人の役割である。すなわち、これまでしばしば、本人の訴訟代理人は、本人の「最善の利益」の観点から見て本人に後見人を任命することが妥当であると判断した場合、そのように行動すべきなのか（換言すれば訴訟のための後見人として行動すべきなのか）、それともあくまで本人の意向に従って、代理人として訴訟で争うべきなのか、という倫理的ジレンマに立たされてきた。この点につき、今回の各改正州は、一様に、訴訟のための後見人としての役割を後述の調査員の任務とし、本人の訴訟代理人の役割を本人の意向に従って本人の権利を守るために訴訟活動を行うことに限定している。例えば、フロリダ州の後見法は、この点を明言し、本人の訴訟代理人とは、「本人を代理する（represent）代理人を意味する。そのような代理人は、……本人の表明された意向を代理しなければならず」、⁽³⁴²⁾「本人の訴訟代理人は、本人の後見人として行為してはならず、また本人の後見人もしくは申立人の代理人として行為してはならない。」⁽³⁴³⁾としている。

つぎに問題となるのは、本人に自ら選任した訴訟代理人がない場合、裁判所が本人のために訴訟代理人を任命すべきか否か、という点である。この点につき、いくつかの改正州は、本人のために常に訴訟代理人が任命されなければならない、として弁護士強制主義を採用している。例えば、フロリダ州の後見法においては、後見にかかわるあらゆる事件において、本人のために訴訟代理人を任命しなければならない、とされており、⁽³⁴⁴⁾またコネチカット州の後見法も同趣旨の規定を置いている。⁽³⁴⁵⁾その他の州は、ニューヨーク州と同様に、一定の場合に本人のために訴訟代理人が任命されなければならない、としていわば準弁護士強制主義とも言うべきものを採用している。例えば、オクラホマ州の後見法においては、本人が訴訟代理人の任命を要求した場合、および本人が訴訟代理人の任命を要求しなかったが、その任命につき本人が合理的な決定をなし得ない疑いがありかつ訴訟代理人を任命することが本人の「最善の利益」となると考えられる場合には、裁判所は後見人を任命しなければならない、とされている。⁽³⁴⁶⁾

さらに、多くの改正州が、訴訟代理人の報酬を支払えない者のために、一定の手当を行っている。その代表的な例を二つ程挙げれば、コネチカット州の後見法においては、本人が訴訟代理人の報酬を支払えない場合、それは検認裁判所運用基金 (probate court administration fund) から支払われることになっており、³⁴⁷ またミネソタ州の後見法においては、このような場合、申立人が申立に際して申立料とは別に県に対して支払う付加金 (surcharge) の積立金の中から支払われることになっている。³⁴⁸

このように各改正州が、弁護士強制主義ないし準弁護士強制主義を採用し、またそれを実効性あるものとするため、一定の手当を行っているのは、一つには、訴訟代理人の活動によって、不必要ないし不適切な後見を回避し、濫用を防止しようとしたためであるが、もう一つには、後見人任命の結果、被後見人の市民的権利や基本的権利が剥奪されるという点で、後見手続が刑事訴訟手続と共通性をもっており、従って適性手続の要請に従って対審構造を強化する必要がある、と考えられているためである。

(3) 全面的後見から限定的後見へ

一口に無能力者といっても、その無能力の種類、程度および範囲は各人により千差万別であり、またそれは時の経過とともに変化するものでもある。それにもかかわらず、すべての無能力者を一律に全面的後見にかけるとは、一部無能力者にとって不必要であるだけでなく、その自律を損い、またその自立を阻害することにもなる。さらに、その無能力の程度がいかに重大なものであっても、必ずしも全面的後見が必要とされるとは限らない。例えば、重度な精神無能力者であっても、家族や友人さらには私的な公的な介護サービスによって、事実上、十分な世話や介護を受け、支障なく日常生活を送っている場合があり、このような場合には、通常、全面的後見の必要は全くない。

このような者にとっては後見は、病院への入院契約とか医療行為に対する同意といったような、一定の事柄につき一時的に必要な者にすぎない。³⁴⁹このような認識の下に、各改正州は、被後見人の自律を尊重し、またその自立を促す「最も制限の少ない介入方法」として、限定的後見制度を採用している。³⁵⁰この限定的後見制度は、今回の改正によって新たに導入された制度というわけではなく、伝統的な後見制度の下においても、一部の州において既に用い始められていたものである。³⁵¹しかし、伝統的な後見制度の下においては、全面的後見が原則であり、限定的後見は例外であると考えられていたのに対して、今回の各改正州の後見法では、少なくとも立法者の意図としては、限定的後見を原則とし、全面的後見はその極限形態と考えられている点で異なり、実際、ペンシルバニア州の後見法は、限定的後見が優先して用いられるべきことを規定によって明言している。³⁵²さらに、今回の各改正州における限定的後見制度は、以前のそれに比べて、本人の能力の機能的限界やその必要性に応じて、より具体的かつきめ細かに後見人の権限の範囲を限定している点でも相違をみせている。そして、これを可能にしたのが、調査員制度の設置と機能的アプローチの採用であった。

(4) 調査員制度

多くの改正州が、訪問調査員、裁判所調査員 (court investigator)、モニター、訴訟のための後見人、等々各州によりその名称は様々であるが、ニューヨーク州の裁判所鑑人と同種の職務を担当する調査員の制度を設けている。³⁵³この制度が設けられたのは、限定的後見制度や機能的アプローチが採用されたこととの関係で、裁判所が日常生活における本人の能力やその機能的限界、その置かれている状況、他の利用し得る手段 (介護サービス、持続的代理権、等々) などにつき、より多くの情報を必要とするようになったからであり、また地方において、後見人任命の結果、

本人に重大な影響が及ぼされることから、本人に後見手続の意味を理解させ、本人の意向を確かめ、訴訟手続における権利を本人に知らせる必要がある、と考えられたからである。そして、各改正州における調査員制度の内容は、多少の相違はあるものの、ニューヨーク州のそれとほぼ同じものとなっている。

改正州の中には、右の調査員制度とともに、あるいはそれに代えて、一定の専門家による本人の審査制度を置いているところもある。³⁵⁴ その代表的な例は、フロリダ州の後見法に見られるものであり、³⁵⁵ そこにおいては、モニターと呼ばれる調査員の制度とは別に、本人を審査するために審査委員会が申立後五日以内に置かれることになっている。この審査委員会は、三人のメンバーから成るものであり、そのうちの一人は、必ず精神科医もしくはその他の医師でなければならず、他のメンバーの一人は、心理学者、老年学者 (gerontologist)、看護人もしくはソーシャル・ワーカーの中から選任され、第三のメンバーは、以上の職種のある者である必要はない、とされている。そして、この審査委員会は、身体検査、精神能力の検査および機能評価 (functional assessment) を含む、総合的な審査を行い、それに基づいて、任命後一五日以内に、本人が一定の権利 (投票権、契約を締結する権利、医療行為に対して同意する権利、等々) を行使する能力を有するか否か、そのような能力を欠くことから生ずるであろう問題についての説明、無能力の範囲・程度、および本人が無能力と判断した根拠、を述べた報告書を提出しなければならない、とされている。この制度は、恐らく、UPCの、裁判所任命の医師による本人の審査制度に倣い、それを拡充したものではないか、と推測される。

(5) 機能的アプローチ

既に述べたように、無能力判断の基準としての因関係アプローチは、きわめて評判の悪いものであった。そこで、

言わばその改訂版として登場したのがUPCアプローチであった。しかし、UPCアプローチも、いくつかの改善点はあったというものの、基本的には因果関係アプローチの枠組に依拠していたため、因果関係アプローチに対する同種の批判を浴びることを避け得なかった。³⁵⁶ まず第一に、本来、原因事由は、少なくとも理論的には、客観性を担保するという機能を担うはずのものであったが、UPCにおいては、原因事由中に「その他の原因」が加えられたため、そこに裁判官の主観的判断が入る余地を大きく残すことになった。³⁵⁷ 第二に、それは、結果事由を、「理性的な決定」を認識し得る能力ないし伝達し得る能力の欠如としているのであるが、「理性的な決定」をめぐって、ここにも裁判官の恣意的判断が入り込む余地が大きく残されることになった。³⁵⁸ そして、何よりも問題だったのは、これら従来の二つのアプローチによっては、本人が日常生活を送るうえでどこにどのような具体的障害があり、その結果、どのような必要が生じているか、ということを明らかにできない点であった。特に限定的後見の観点から見た場合、この点は、ほとんど致命的と言ってよい程の欠陥であった。そこで、今回の各改正州は、ニューヨーク州のように従来のアプローチに代えて機能的アプローチを採用し、あるいは従来のそれに機能的アプローチの要素を付け加えている。ここで、機能的アプローチの主要な特徴を要約しておくならば、つぎの通りである。

まず第一に、それは、従来のアプローチで用いられていた、精神病等の主に医療診断上のカテゴリーを中心とする原因事由を問題にしない。第二に、それに代えて、摂食、排泄、着替、入浴、医療、金銭の管理、等々の日常生活の諸側面に関して本人にどのような機能的限界があるかを、医学だけでなく看護学やソーシャル・ワーク等の関連諸科学の援助を受けて、総合的に評価する。第三に、本人が、その機能的限界からどのような結果がもたらされるかを、理解し認識し得るだけの能力をもっているか否かを判断する。第四に、本人の能力やその置かれている状況さらには他の利用し得る手段等を勘案したうえで、その機能的限界を満たすため、後見人の任命が必要であるか否かを判断す

る。

右の機能的アプローチが採用されたことと関連して、各改正州は、無能力者（および無能力）を指す用語の変更も行っている。⁽³⁵⁹⁾ かつての古い後見法においては、無能力者を指す用語として“idiot” “lunatic”等の言葉が用いられていたが、これらはいずれもあまりにも差別的な意味合いを色濃く帯びていたため、かなり早い段階から用いられなくなった。⁽³⁶⁰⁾ それに代わって用いられるようになったのが、“incompetent”という用語であるが、今回、各改正州は、機能的アプローチの採用に伴い、これを“incapacitated person”に代えている。我々にはこれら二つの用語のコンテキストの差異は正確には実感しにくいのであるが、“incompetency”が精神的および道徳的な不適当を含意し、また通常、能力は有るか無いかであるというオール・オア・ナッシングの形で用いられるのに対して、“incapacity”の方は、機能の部分的ないし一時的な欠如を含意している、⁽³⁶¹⁾とされている。

なお、各改正州の後見法は、一樣に、無能力の判断および後見人の任命に際しての証明の基準として、通常の民事訴訟で用いられる証拠の優越という基準よりも高度な証明が要求される、明白かつ確信を抱くに足る証明という基準を採用しており、⁽³⁶²⁾ またニューハンプシャー州の後見法は、これをさらに一歩進め、通常、刑事訴訟で用いられる合理的疑いの余地のない証明という基準を採用している。⁽³⁶³⁾ このように、各改正州の後見法が高度な証明基準を採用しているのは、後見人任命の結果、被後見人の市民的権利や基本的な権利が剥奪されることに鑑み、適性手続の要請に従った結果である、と思われる。

四 残された課題

(1) 費用の問題

手続要件が厳格化され、また限定的後見制度や機能的アプローチが採用され、さらに調査員制度が置かれた結果、その盾の半面として、各改正州の後見制度の費用（ここにいう費用とは、後見手続に要する金銭的な費用はもとより、時間の費用やわずらわしさの費用も含む）は、従来の伝統的な後見制度のそれに比べて、はるかに高くなるものと予想される。³⁶⁴ その結果、この費用圧力により、後見制度に様々な負の副次的効果がもたらされるものと予想される。まず、申立書に具体的かつ詳細に実質的内容を記載することを要求することは、既にしてこの段階で、後見の申立に対して抑制的に機能することになる。また、例えば、ニューヨーク州の後見法におけるように、³⁶⁵ 申立が却下された場合、本人の訴訟代理人の報酬や調査員の報酬が裁判所の裁量により申立人の負担とされる可能性がある場合には、申立人は、これらの支払いの危険を考慮して、申立を思い留まるかもしれない。さらに、限定的後見やそれに伴って機能的アプローチが採用されたことから、申立人は、本人の具体的な機能的限界を証明しなければならず、しかもその証明の基準は、明白かつ確信を抱くに足る証明とされている。このことは、申立人の負担する費用が増加することだけでなく、申立が却下される可能性が増大することをも意味しており、これらの要素を考慮して、申立人は申立をしないかもしれない。そして、これらの費用圧力は、一方において、不必要・不適切な後見を回避し、また濫用を防止するという機能を果たすとともに、他方において、後見人が任命されてしかるべき者に後見人が任命されない、という負の効果も伴うものであることも否めない。³⁶⁶ 他方、被後見人も、改正州の後見制度の下では、弁護士強制主義ないし準弁護士強制主義の採用や調査員制度の設置により、以前よりもはるかに多くの費用を負担することを強いられてい

る。この費用負担増は、それ程財産のない被後見人にとっては、かなり深刻な問題となるのではないか、と思われる。

もちろん、各改正州もこのような費用の問題に対して何らの手当も行っていないわけではない。例えば、ニューヨーク州の後見法においては、本人に訴訟代理人が任命された場合には、裁判所は、一旦任命された裁判所鑑定人を解任することができ、また最初からそれを任命しなくてもよい、とされている³⁶⁷。また、本人の要求があった場合等一定の場合に限って訴訟代理人を任命する準弁護士強制主義が、かなりの改正州で採用されているのも、この費用の問題を考慮した結果である、と思われる。しかし、これらの処置は、部分的なものであるだけでなく、各改正州の掲げる改正の目的を多少なりとも損うという側面ももっており、根本的な解決というには程遠いように思われる。また、オハイオ州のように、困窮者のために、遺言執行者、遺産管理人、後見人、受託者等の任命に際して、県に支払われる一定の手数料によって賄われる困窮者後見基金 (Indigent Guardianship Funds)³⁶⁸ から、後見にかかわるあらゆる費用が支払われることになっているところもある³⁶⁹。しかし、この制度は、確かに意味あるものではあるが、その対象は困窮者に限られており、それ程財産のない非困窮者の役には立たないであろう。

今後、各改正州は、この費用の問題を解消するため、公的財源の導入も含めて、一定の試みをするであろうが、それによってもこの問題を完全に解消することは困難であるように思われる。何故ならば、この問題は、基本的には、各改正州の掲げる目的を採るかそれとも費用の低減という目的を採るか（換言すれば、他方の目的を犠牲にすることなくして一方の目的を達成することができない）という、二者択一的なトレード・オフの関係に立つ問題である、と思われるからである。いずれにせよ、今回の各改正州は、一般に後見制度よりも安価であると言われている持続的代理権等の代替的システムの利用可能性をも視野に入れつつ、費用の問題や後見制度の利用のしやすさがある程度犠牲にしてでも、改正の目的を達成すべきである、と考えたものと思われる。

(2) 全面的後見の過剰利用

限定的後見は、費用の問題を一応措くと、あらゆる点から見て望ましい制度である。しかし、それにもかかわらず実際に限定的後見が利用されることはまれである、と言われている。³⁷⁰そして、このような結果が生じたのは、まず第一に、裁判官が、限定的後見よりも、これまでの経験から全面的後見の方をよく知っており、第二に、一般に、裁判官やその他の実務家が、限定的後見の利点について未だ十分に認識しておらず、第三に、全面的後見が、将来起るかもしれない被後見人の能力や状況の変化に対して常に対応できるのに対して、限定的後見の場合には、それらの変化に応じて、その都度審理を行い、後見人の権限の範囲を変更しなければならないからである、と言われている。「要するに、全面的後見は、よく知られたものであり、複雑でもなく、また時間や労力を節約できる」³⁷¹からである。しかし、このような状況は、今回の改正の目的から見て、決して好ましいものではない。そこで、このような状況に対処する方法として、全面的後見を撤廃すべきである、と主張する者もいる。³⁷²また、他方、このような問題が発生する根本的な原因は、改正州の後見法の規定が概して目標的なものに留まっており、強制力を欠いているところにある、と指摘する者もあり、³⁷³今後、限定的後見の利用を強制するための何らかの仕組を導入する方向に向うことも考えられる。いずれにせよ、当面は、時の経過とともに、裁判官やその他の実務家の限定的後見についての理解が深まり、その利用率が上がることを期待するほかないように思われる。

- (133) この後見制度に関する部分は、他の部分と同様、何度かの改正を経て現在に至っている。なかでもとりわけ大きな改正は、一九八二年に、統一州法委員会全国会議によって、UPCとは別個・独立のモデル法として公表された Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act を、公表と同時に、第五編に組み入れた際に行われたものである。
- (134) 採用州は以下の通りである。アラバマ、アラスカ、アリゾナ、コロラド、フロリダ、ハワイ、アイダホ、メイン、ミシガン、ミネソタ、モンタナ、ネブラスカ、ニューメキシコ、ノースダコタ、オレゴン、およびユタ。なお、以下、UPC に関する記述は、UNIFORM PROBATE CODE (10th ed.) OFFICIAL 1991 TEXT によっている。
- (135) Eftland, *supra* note 58, at 376.
- (136) *Supra* note 26, at 507.
- (137) 両後見手続は、それぞれ別個な訴訟手続に従って行われる。一方の後見の訴訟手続中に、他方の後見手続に移行することは許されない。Atkinson, *supra* note 23, at 828. 但し、同一の当事者に関し同一の裁判所において両後見手続が係属中である場合には、併合され得る。Averill, Jr., UNIFORM PROBATE CODE IN A NUTSHELL 460 (3d ed. 1993).
- (138) 例えば、後に見るように、身上監護後見と財産管理後見とは、全く異なる後見人の任命基準が用いられる。
- (139) UNIFORM PROBATE CODE §5-301.
- (140) *Id.* §5-301 (a), (b).
- (141) 但し、遺言以外の書面によってなされる、配偶者による指定後見の場合、書面にそのような述べられた場合には、配偶者の死亡前においても後見人の任命は有効になされ得る、とされている。*Id.* §5-301, comment.
- (142) *Id.* §5-301 (a), (b).
- (143) *Id.* §5-301, comment.
- (144) 未成年後見の場合にも、同種の指定後見制度が置かれているのであるが、そこにおいては、この異議の提出は、就任の登録後三〇日以内になされなければならない、とされている点で異なる。*Id.* §5-203.
- (145) *Id.* §5-301 (d).
- (146) このように指定後見制度は、かなり不安定なものであるが、それにもかかわらず何故UPCがこの制度を置いたかについて、*Id.* §5-301, comment を参照されたい。

- (147) *Id.* §5-301 (d); Effland, *supra* note 58, at 385.
- (148) UNIFORM PROBATE CODE §5-303 (a).
- (149) *Id.* §1-401.
- (150) *Id.* §5-304 (a) (1) (2) (3) (4).
- (151) *Id.* §5-304 (c).
- (152) *Id.* §5-304 (d).
- (153) *Id.* §5-303 (b).
- (154) *Id.* §5-303 (c).
- (155) Effland *supra* note 58, at 384.
- (156) UNIFORM PROBATE CODE §5-303 (c).
- (157) *Id.* §5-303 (d).
- (158) *Id.* §5-303 (b).
- (159) *Id.* §5-103 (21).
- (160) *Id.* §5-303 (b). なお、裁判所は、この通常の訪問調査員に加えて、公的機関あるいは公益的機関を、本人の状態を評価して、裁判所に対して適切な勧告をさせるため、訪問調査員に任命することができる、とされている。*Id.*
- (161) *Id.* §5-303, comment.
- (162) *Id.* §5-103 (7).
- (163) 当初、この原因事由中には高齢も加えられていたのであるが、一九八九年の改正によって削除された。
- (164) Effland, *supra* note 58, at 377; Regan, *supra* note 8, at 605. なお、この基準には、同様に、好ましくないイメージを和らげる工夫として、incompetent から incapacitated person へという無能力者を指す用語の変更も見られるのであるが、この点については後述する。
- (165) Frolik, *supra* note 61, at 614.
- (166) Nolan, *supra* note 57, at 212-13.

- (167) UNIFORM PROBATE CODE §5-306 (b).
- (168) *Id.* §5-306 (a).
- (169) *Id.* §5-306 (c).
- (170) *Id.* §5-306, comment.
- (171) *Id.* §5-306 (c).
- (172) *Id.* §5-305, comment.
- (173) *Id.* §5-305 (a).
- (174) *Id.* §5-305 (b) (c).
- (175) *Id.* §5-305, comment.
- (176) *Id.* §5-309.
- (177) *Id.* §5-209 (b) (2).
- (178) *Id.* §5-209 (b) (3).
- (179) *Id.* §5-209 (b) (4).
- (180) *Id.* §5-209 (b) (5).
- (181) これは、未成年者に金銭の支払義務あるいは人的財産の引渡義務を負う者は、一八歳以上もしくは既婚の未成年者、未成年者と同居してその世話および保護をしている者、未成年者の後見人、あるいは未成年者名義の預金口座もしくは証券を有する金融機関に、支払いをなしあるいは引渡しすることによって、一年あたり五〇〇〇ドルを超えない範囲で、その義務を履行することができる、とする規定である。この規定は、未成年者の債務者の義務の履行につき便宜をはかるとともに、未成年者の財産がわずかである場合には財産管理後見は不必要であるので、そのような場合に、未成年者の財産問題を一定の者に処理せしめようとするものである。 *Id.* §5-101, comment.
- (182) *Id.* §5-209 (c) (1).
- (183) *Id.* §5-209 (c) (3).
- (184) *Id.* §5-209 (d).

- (185) *Id.* §5-311 (a) (b); Effland, *supra* note 58, at 384; AVERILL, JR., *supra* note 137, at 482.
- (186) UNIFORM PROBATE CODE §5-311 (b).
- (187) Effland, *supra* note 58, at 385. この前提には、無能力の宣告は十分な審理の後になされており（また、被後見人の側はそこで十分な主張・立証を尽くしたはずであり）、従って被後見人がこの期間内に能力を回復したであろう可能性は少ない、とする考えがあるものと推測される。なお、「不真面目な」とはいささか穏当を欠く表現であるように思われるかもしれないが、英米法上「不真面目な訴答 (frivolous pleading)」——田中他編『英米法辞典』——という法律用語があり、ここでは、それと大体同じ様な意味で用いている。
- (188) UNIFORM PROBATE CODE §5-404 (a).
- (189) *Id.* §5-405 (a).
- (190) *Id.* §5-406.
- (191) *Id.* §5-401 (c).
- (192) *Id.* §5-401, comment; Effland, *supra* note 58, at 398.
- (193) UNIFORM PROBATE CODE §5-103 (18).
- (194) 以上の点について詳しくは、前注(50)論文を参照されたい。
- (195) UNIFORM PROBATE CODE §5-103 (18).
- (196) Effland, *supra* note 58, at 398.
- (197) Meiklejohn, Contractual and Donative Capacity, 39 CASE W. RES. L. REV. 380-81 (1988-89).
- (198) UNIFORM PROBATE CODE §5-407 (b).
- (199) *Id.* §5-407 (c).
- (200) *Id.* §5-409 (a).
- (201) *Id.*
- (202) Effland, *supra* note 58, at 379.
- (203) UNIFORM PROBATE CODE §5-409 (b).

- (204) Effland, *supra* note 58, at 379.
- (205) UNIFORM PROBATE CODE §5-419 (a). なお、後見証明書が被保護者から後見人への財産の移転の証拠とされ、また後見の終了に伴って生ずる、後見人から被保護者への財産の移転の証拠は、後見を終了させる裁判所命令である、とされている。
UNIFORM PROBATE CODE §5-420 (a). また、後見証明書および後見を終了させる裁判所命令は、登録することができる、とされており、これらが登録された場合には、被保護者と後見人との間の権原の移転につき、登録による擬制認識 (record notice) がもたらされることになる。UNIFORM PROBATE CODE §5-420 (b). 従って、例えば、後見証明書が登録されていた場合には、後見人は、不動産を被保護者から直接買った第三者から保護されることになる。
- (206) *Id.* §5-419, comment; Effland, *supra* note 58, at 379.
- (207) UNIFORM PROBATE CODE §5-419, comment.
- (208) *Id.* §5-419 (b) (c).
- (209) *Id.* §5-423 (a).
- (210) *Id.* §5-416.
- (211) *Id.* §5-417 (a).
- (212) *Id.* §5-417 (b).
- (213) *Id.* §5-418.
- (214) *Id.*; Effland, *supra* note 58, at 389.
- (215) UNIFORM PROBATE CODE §5-410.
- (216) *Id.* §5-423 (b) (c) (1) - (26).
- (217) *Id.* §5-424 (3).
- (218) この支出には、後見人が支払ったであろう、他の者 (被保護者を含む) による支出に対する事後の支払い、および履行されるべき合理的に期待でき、かつ事前の支払いが当該状況下において通例であるかあるいは合理的に必要であると思われるサービスに対する事前の支払いが含まれる。 *Id.* §5-424 (4).
- (219) *Id.* §5-424 (a).

- (220) Effland, *supra* note 58, at 378-79.
- (221) UNIFORM PROBATE CODE §5-424 (a) (1) (2).
- (222) 奇妙なことに、配偶者および成人の子供による勧告は、考慮されるべき対象とはされていない。この点につき、Effland, *supra* note 58, at 394 は、解釈により、これらの者の勧告も考慮されるべきである、としている。なお、規定上は、勧告の中に世話の水準が入られていないが、その理由は不明である。

- (223) UNIFORM PROBATE CODE §5-424 (b). なお、このように、裁判所もしくは後見人に贈与権限を与えることの危険性について、Effland, *supra* note 58, at 380 を参照されたい。
- (224) UNIFORM PROBATE CODE §5-426.
- (225) この点については、Effland, *supra* note 58, at 402-07 を参照されたい。
- (226) UNIFORM PROBATE CODE §5-407 (a).
- (227) *Id.* §5-425.
- (228) *Id.*
- (229) *Id.* §5-408.

説

- (230) *Id.* §5-407, 85-408, comment.
- (231) Stange & Stange, *Guardianship Reform in New York: The Evolution of Article 81*, 21 HOFSTRA L. REV. 757-59 (1993).

論

- (232) Moore, *The Durable Power of Attorney as an Alternative to the Improper Use of Conservatorship for Health-Care Decisionmaking*, 60 ST. JOHN'S L. REV. 635-36 (1986); Federman, *Conservatorship: A Viable Alternative to Incompetency*, 14 FORDHAM URB. L. REV. 823-27 (1986); Stange & Stange, *Id.* at 759.
- (233) 同前。 *In re Salz*, 436 N.Y.S. 2d 713 (1st Dep't 1981); *In re Grant*, 469 N.Y.S. 2d 455 (2d Dep't 1983); *In re Wolinsky*, 476 N.Y.S. 2d 15 (App. Div. 1987). 同前。 Federman, *Id.* の注 17 を参照されたい。
- (234) Stange & Stange, *supra* note 231, at 759.
- (235) N.Y. MENTAL HYG. LAW §78. 02.

- (236) *Id.* §77. 19.
- (237) 例えは、*In re Detzel*, 521 N.Y.S.2d 6 (App. Div. 1987); *In re Fisher*, 552 N.Y.S.2d 807 (Sup. Ct. N.Y. County 1989). なお、*Moore*, *supra* note 232 は、この立場に立ち、第七七編を身上監護後見のために用いれば、身上にかかわる事柄について判断能力を有する者の自己決定権が不当に奪われることになる、としてその危険性を指摘している。
- (238) N.Y. MENTAL HYG. LAW §77. 01.
- (239) *Id.* §77. 19 (3).
- (240) 77 N.Y. 2d 703 (1991).
- (241) *Id.* at 709.
- (242) N.Y. MENTAL HYG. LAW §81. 01.
- (243) *Id.* §78. 03 (c).
- (244) *Id.* §77. 03 (b) (c).
- (245) この「機能的レビュー」については、*Id.* §81. 03 (b) に定義規定があり、それによると、身上に関する必要を満たす能力および（もしくは）財産管理に関する能力を意味する、とされている。
- (246) *Id.* §81. 08 (a) (1) - (15).
- (247) N.Y. CIV. PRAC. L. & R §403.
- (248) N.Y. MENTAL HYG. LAW §81. 07 (b) (1) - (5).
- (249) *Id.* §81. 07 (c). この説明文は、つぎのようなものである。

重要

あなたが身体に関する事柄や財産に関する事柄を処理できないと信じる・・・によって、裁判所に申立てがなされました。・・・は、あなたに代って決定を行うために、誰かが任命されることを求めています。

す。この文書には、あなたが身体に関する事柄や財産に関する事柄を処理できないと・・・が信じる理由について述べた、裁判所に提出された申立書の写しが付いています。裁判所があなたに代って決定を行うために誰かを任命する前に、裁判所は、審理を行います。あなたには、その審理に出席する権利がありますし、また、もし誰も任命してほしくなければ、そのことを裁判官に言う権利があります。この文書は、いつ審理が行われるかをあなたに知らせるものです。もしあなたが審理に出席しなければ、あなたの権利は、重大な影響を受けることになるかもしれません。

あなたには、陪審審理を受ける権利があります。もしあなたが陪審審理を受けたいなら、裁判所にそのことを告げなくてはなりません。もしあなたがそのことを裁判所に告げなかった場合には、審理は陪審なしで行われることになるでしょう。裁判所書記官の名前、住所、電話番号は、・・・です。

裁判所は、あなたにこの手続について説明し、また申立てなされた主張を調査するため、裁判所鑑定人を任命しました。裁判所は、裁判所鑑定人に、あなたの医療上の記録、心理学上の記録あるいは精神医学上の記録を調べる許可をあたえることができます。もしあなたがそのような許可を裁判所鑑定人に与えてほしくなければ、あなたには、そのことを裁判官に告げる権利があります。裁判所鑑定人の名前、住所、電話番号は、・・・です。

あなたには、あなたが選んだ弁護士に、あなたを代理してもらえる権利があります。もしあなたが、あなたを助け、また代理する弁護士を裁判所に任命してほしければ、裁判所は、あなたのために弁護士を任命するでしょう。あなたは、その弁護士に料金を支払わなければならないでしょう。ただし、あなたにそうするお金がなければ、支払う必要はありません。

(250) 第七七編および第七八編においては、通知が送達されるべき相手方は、本人およびその子供と配偶者、子供と配偶者がいない場合には法定相続人、法定相続人もいない場合には本人と同居している者、本人が病院その他の施設に入っている場合には、その責任者、とされていた。Id. §77. 03, §78. 03.

- (251) *Id.* §81. 07 (d).
- (252) *Id.* §77. 07 (b).
- (253) *Id.* §81. 11 (c).
- (254) *Id.* §81. 11 (c) (1) (2) (d).
- (255) *Id.* §81. 10, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
- (256) *Id.* §81. 10 (c).
- (257) *Id.* §81. 10 (d).
- (258) *Id.* §81. 10 (f).
- (259) *Id.* §81. 09, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
- (260) *Id.* §81. 09 (a). 但し、本人のために訴訟代理人が任命された場合には、裁判所は、一旦任命された裁判所鑑定人を解任することができ、また最初からそれを任命しなくてもよい、とされている。*Id.* §81. 10 (g). これは、本人の費用の負担が過大になることを考慮した規定である。
- (261) *Id.* §81. 09 (b) (1). 実際には、これらの者のリストが裁判所に備えられており、その中から裁判所が選ぶことになる。
- (262) これについては、*Id.* §81. 03 (e) に定義規定があり、それによると、例えば、訪問看護人、家政婦、成人デイ・ケア・センター、代理制度、信託、代理受取人制度、等々がそれである、とされている。
- (263) *Id.* §81. 09 (c) (1) (2) (3) (4) (6) (7) (9).
- (264) *Id.* §81. 09 (c) (5).
- (265) *Id.* §81. 09 (d) (e).
- (266) *Id.* §81. 09 (f).
- (267) *Id.* §78. 01, §77. 01.
- (268) 前注(262)参照。
- (269) N.Y. MENTAL HYG. LAW §81. 02 (a) (1) (2).
- (270) *Id.* §81. 02 (a) (2).

- (271) *Id.* §81. 02, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
 (272) *Id.* §81. 03 (c) にある「機能的限界」とは、身上に関する事柄もしくは財産管理を行う能力を損う、本人の行動な
 いし状態を意味する、とされている。

- (273) *Id.* §81. 02 (b) (c) (d).
 (274) *Id.* §81. 12 (a).
 (275) *Id.* §81. 16, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
 (276) *Id.* §81. 16 (b).
 (277) *Id.* §81. 16, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
 (278) *Id.* §81. 02 (a) (2), §81. 16 (c) (1) (2).
 (279) *Id.* §81. 16, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
 (280) *Id.* §77. 03 (d), §78. 05 (d).
 (281) *Id.* §81. 17, §81. 19 (b).
 (282) *Id.* §81. 19 (c).
 (283) *Id.* §81. 19 (a) (2) (3).
 (284) *Id.* §81. 19 (d).
 (285) *Id.* §81. 19 (e).
 (286) *Id.* §81. 19, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
 (287) *Id.* §81. 19 (f).
 (288) *Id.* §81. 21 (a) (1) - (12), §81. 22 (a) (1) - (9).
 (289) *Id.* §81. 21 (b) (1) - (8). この申立には、申立において求められている譲渡の対象となる被後見人の財産、譲渡の種類・
 方法、そのような譲渡がなされるべき理由、被後見人がそのような譲渡をなすに十分な能力をもっているか否か、被後見人
 の遺言の内容、等々についての情報が含まれていなければならない、とされている。
 (290) *Id.* §81. 21 (c). この通知が送達される者は、最初の申立に基づいて通知が送達される者、被後見人の法定相続人およ

び被後見人の遺言の受益者である。

- (291) *Id.* §81. 21 (d) (1) - (6).
- (292) *Id.* §81. 21, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.
- (293) *Id.* §81. 21 (e) (1) (2) (3).
- (294) *Id.* §81. 22 (a) (8).
- (295) *Id.* §81. 22 (a) (9).
- (296) *Id.* §81. 22 (b) (1).
- (297) *Id.* §81. 20 (a) (2) (6) (i) (7).
- (298) *Id.* §81. 20 (a) (5).
- (299) *Id.* §81. 30.
- (300) *Id.* §81. 31.
- (301) *Id.* §81. 32 (a) (b), なお、審査官には、上訴部の裁判長、あるいは上訴部の裁判官の多数により指名された高位裁判所 (supreme court) の裁判官もしくは特別審理人 (special referee) となる、とされている。
- (302) *Id.* §81. 32 (c) (d).
- (303) *Id.* §81. 32 (f).
- (304) *Id.* §81. 29 (a).
- (305) *Id.* §81. 29 (b).
- (306) *Id.* §81. 29 (c).
- (307) *Id.* §81. 29 (d). なお、後見人は、被後見人がなした持続的代理権、ヘルス・ケアのための代理権、リヴィング・ウィル等を撤回することができない、とされている。 *Id.* §81. 22 (b) (2).
- (308) *Id.* §81. 36 (a) (1) (2) (4).
- (309) この申立権者は、後見人の任命を求める最初の訴訟手続の申立権者と同一であり、本人の法定相続人、本人が受益者であるかあるいはそうなるであろう遺言の遺言執行者ないし遺産管理人、本人が譲与者であるか受益者である信託の受託者、本

人と一緒に住んでいる者、その他本人の福祉に関係している者、および本人が入っている病院、介護施設等の責任者である。

Id. §81. 06.

(310) この通知を受ける者は、前述した後見人任命の審理に関して通知を送達される者と同じである。*Id.* §81. 07 (d).

(311) *Id.* §81. 36 (b) (c) (d).

(312) *Id.* §81. 39, LAW REVISION COMMISSION COMMENTARY.

(313) *Id.* §81. 39 (b) (1) - (5).

(314) *Id.* §81. 40 (b) (1) - (6).

(315) *Id.* §81. 41 (b).

(316) *Id.* §81. 39 (c), §81. 40 (c), §81. 41 (c).

(317) N.H. REV. STAT. ANN. §464-A: 1.

(318) FLA. STAT. ANN. §744. 1012.

(319) OKLA. STAT. tit. 30, §1-103B (1).

(320) COLO. REV. STAT. §15-14-304 (6).

(321) 1980年代のHommel, *Guardianship Reform in the 1980s: A Decade of Substantive and Procedural Change*. In SMYER, SCHALE & KAPP (Eds.), OLDER ADULTS' DECISION-MAKING AND THE LAW (1996) (pp. 228-29).

(322) FLA. STAT. ANN. §744. 3201.

(323) *Id.* §744. 344.

(324) N.M. STAT. ANN. §45-5-303. A.

(325) *Id.* §45-5-404. B.

(326) MINN. STAT. ANN. §525. 542.

(327) 20 P.A. CONS. STAT. ANN. §5551 (A).

(328) Hommel, *supra* note 321, at 241; N.H. REV. STAT. ANN. §464-A: 4, ANNOTATIONS.

(329) 例として MICH. COMP. LAWS §700. 465; N.H. REV. STAT. ANN. §464-A: 5; 20 P.A. CONS. STAT. ANN. §5511; MINN.

- STAT. ANN. 8525. 55; OHIO REV. CODE ANN. 82111. 04; CONN. GEN. STAT. 845a-649.
- (330) N.H. REV. STAT. ANN. 8464-A: 5.
- (331) N.M. STAT. ANN. 845-5-309. C.
- (332) FLA. STAT. ANN. 8744. 331 (1).
- (333) MINN. STAT. ANN. 8525. 55.
- (334) 前注(249)参照。
- (335) 例へば、FLA. STAT. ANN. 8744. 331 (1); MICH. COMP. LAWS ANN. 8700. 451; D.C. CODE ANN. 821-2031; N.H. REV. STAT. ANN. 8464-A: 5; MINN. STAT. ANN. 8525. 55.
- (336) McCue, *supra* note 3, at 35 によると、一九九二年の時点で、本人の審理への出席を強制的なものとしている州は、一〇州にのぼる、と述べている。
- (337) CONN. GEN. STAT. 845a-649.
- (338) MICH. COMP. LAWS ANN. 8700. 443 (6).
- (339) N.M. STAT. ANN. 845-5-303. G.
- (340) MINN. STAT. ANN. 8525. 551.
- (341) OKLA. STAT. tit. 30, 83-106 (B).
- (342) FLA. STAT. ANN. 8744. 102 (1). なお、同様の規定を置くものとして、D.C. CODE ANN. 821-2033 (b).
- (343) FLA. STAT. ANN. 8744. 331 (2) (b).
- (344) *Id.* 8744. 31 (2) (a).
- (345) CONN. GEN. STAT. 845a-649 (b).
- (346) OKLA. STAT. tit. 30, 83-107 (B) (2).
- (347) CONN. GEN. STAT. 845a-649 (b).
- (348) MINN. STAT. ANN. 8525. 5501 (2) (3).
- (349) Frolik, *supra* note 61, at 649-52 によれば、実際、後見人の任命が求められるケースの多くは、本人を病院へ入院さ

せる必要が生じた場合とか、医療行為に対する同意が求められる場合（あるいは、それらが予想される場合）といったような、一時的な必要からなされたものである、とされている。

- (350) McCue, *supra* note 3, at 35; Stange & Stange, *supra* note 231, at 787-88; Hommel, *supra* note 321, at 231.

- (351) FROLIK & BROWN, *supra* note 105, at 17-16.

- (352) 20 PA. CONS. STAT. ANN. §5512. 1 (A) (6).

- (353) N.M. STAT. ANN. §45-5-303. E; N. D. CENT. CODE §30.1-28-03.3; COLO. REV. STAT. §15-14-303 (2); OHIO REV. CODE ANN. §2101. 11 (A) (2) (a); TENN. CODE ANN. §341-11-107; MICH. COMP. LAWS ANN. §700. 499; FLA. STAT. ANN. §744. 107; D.C. CODE ANN. §21-2041, §21-2054 (a).

- (354) 例として COLO. REV. STAT. §15-14-303 (3); OHIO REV. CODE ANN. §2111. 031; MICH. COMP. LAWS §27. 5443 (3); OKLA. STAT. tit. 30, §3-108.

- (355) FLA. STAT. ANN. §744. 331 (3) (a) - (d).

- (356) Tor, *supra* note 84, at 745.

- (357) Sabatino, *Competency: Reforming Our Legal Fictions*. In SMEYER, SHALE & KAPP (Eds.), OLDER ADULT'S DECISION-MAKING AND THE LAW (1996) (P, 8); Rein, *supra* note 40, at 1879.

- (358) Tor & Sales, *supra* note 64, at 6-7; Nolan, *supra* note 57, at 213; Sabatino, *Id.* at 13.

- (359) McCue, *supra* note 3, at 37; Hommel, *supra* note 321, at 228. 注として D.C. の同様の変更を行っている。前注(164) 参照。

- (360) 但し、アラバマ州の後見法では一九八七年まで、またロージアイランド州の後見法では一九九一年まで、これらの用語が用いられていた。注として Sabatino, *supra* note 357, at 6.

- (361) Tor, *supra* note 84, at 748-49; Sabatino, *Id.* at 2.

- (362) 例として FLA. STAT. ANN. §744. 331 (5)(C); Mo. REV. STAT. §475. 075 (7); OKLA. STAT. tit. 30, §5511 (A); CONN. GEN. STAT. §45a-650 (c); OHIO REV. CODE ANN. §2111. 02 (C) (3).

- (363) N.H. REV. STAT. §464-A: 9 (III).
- (364) Stange & Stange, *supra* note 231, at 798-99.
- (365) N.Y. MENTAL HYG. LAW §81. 10 (f), §81. 09 (f).
- (366) Frolik, *supra* note 61, at 625.
- (367) 前注 (260) 参照。
- (368) OHIO REV. CODE ANN. §2111. 51.
- (369) Tor, *supra* note 84, at 763 は、公的財源の後見制度への導入を提案している。
- (370) Frolik, *supra* note 61, at 654; Tor & Sales, *supra* note 64, at 26; Fell, *supra* note 4, at 202.
- (371) Frolik, *Id.*
- (372) Frolik, *Id.* at 653-55.
- (373) Rein, *supra* note 40, at 1878.